الدكتور
أحمد الحصري
أستاذ الفقه المقارن بكلية الشريعة
والقانون جامعة الأزهر
والمعهد العالي للقضاء
جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

نظرية الحكم ومصادر التشريع
في
أصول الفقه الإسلامي

١٤٠١ هـ - ١٩٨١ م

الناشر
مكتبة الكليات الأزهرية
٩ ش الصنادقية - الأزهر

المطبعة الفنية للطبع والنشر والتجليد
١٥ ش العباسيه ت ٨٣٧٤٦٧

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

آخر شيء فكرت في الكتابة فيه هو علم «أصول الفقه» وذلك لعدة امور أهمها أنه علم يحتاج إلى دقة في البحث وإمعان فيما يقرأه الباحث وترتيب للذهن يفوق كل ترتيب. وأشهد الله أني كنت أثناء دراستي لهذه المادة في كلية الشريعة محبا لها مهتما بها وكانت معلوماتي فيما درسته فيها على شيوخي مرضية لهؤلاء الشيوخ مظهرة لي وجوب السير والبحث فيها ومواصلة الدراسة والقراءة في كتبها القديم منها والحديث.

ولكن عندما عينت عضوا في هيئة التدريس بكلية الشريعة بالأزهر لم أجد الفرصة الكافية لأشبع هذه الرغبة فقد قسم قانون الأزهر أعضاء الهيئة التدريسية إلى أقسام ووضعت أعداد من هؤلاء الأعضاء في كل قسم وكنت من أعضاء هيئة التدريس في قسم الفقه المقارن، وتحتم علي أن أكتب في مواد هذا القسم وبعدت نهائياً عن الكتابة في «أصول الفقه».

لكن الزمن لم يطل بي فقد أرسلني الأزهر إلى خارج مصر معاراً لعدة جامعات بعضها في آسيا والآخر في أفريقيا فانطلقت من قيودي وكتبت في أصول الفقه وكان أول كتاب أخرجته في جامعة كابول بأفغانستان هو كتاب «الدلالات وأحكامها في علم أصول الفقه».

واليوم هنا في جامعة قاريونس وفي كلية القانون بالذات بدأت في إخراج النواة الأولى من الكتاب الثاني في علم أصول الفقه وهو كتاب يحمل عنواناً هو «نظرية الحكم ومصادر التشريع في أصول الفقه الإسلامي».

أما الكتاب الأول فقد تكرمت كلية القانون مشكورة مأجورة بالموافقة على نشره وهو الآن في طريقه ليرى النور كتابا متكاملا يحمل اسم «استنباط الأحكام من النصوص».

والذى أحب أن أقوله هو أن هذا الكتاب الجديد هو الأصل للكتاب القديم الذى هو بين آلات الطباعة العربية ، ولكن تأخرت فى كتابته لأنى كنت فى حاجة إلى مزيد من الوقت للاطلاع والقراءة فى مواده . وهو كتاب سرت فيه على منهجى السابق أجمع أراء العلماء وأدونها بأسلوب يتفق وحاضر العالم الإسلامى . وليس مذكرة للطلاب أو اختصارا لكتاب .

وكل ما أرجوه من المولى القدير أن يعيننى على إتمامه وأن يجنبنى الخطأ وأن يجعل النفع به عاماً وأن يغفر لى ما أكون قد وقعت فيه من أخطاء نتيجة سهو أو نسيان والله هو السميع المجيب .

القاهرة فى شوال ١٤٠١ هـ
الموافق سبتمبر ١٩٨١ م

أحمد الحصرى

التعريف بعلم أصول الفقه

للأصوليين فى تعريف أصول الفقه نظرتان :

أولاهما : قبل جعله علما على الفن المخصوص ،وأصول الفقه بهذا الاعتبار هو مركب إضافى من كلمتين هما : أصول ، وفقه . ومعنى هذا المركب الإضافى الأدلة المنسوبة إلى الفقه .

وثانيتهما : بعد جعله علما على الفن المخصوص وهو بهذا المعنى : عبارة عن العلم بالقواعد التى يتوصل بها إلى استنباط الأحكام الشرعية العملية من الأدلة التفصيلية .

شرح التعريف الأخير : العلم : هو مطلق الادراك الشامل للتصور والتصديق .وتعلقه بالقواعد يصرفه هنا إلى التصديق :

القواعد : جمع قاعدة : والقاعدة هى قضية كلية يتعرف منها أحكام الجزئيات المندرجة تحت موضوعها ومثالها كل « أمر للوجوب » « وكل نهى للتحريم »فهما قاعدتان كليتان يندرجان تحت موضوع الأولى منهما جميع الأوامر الصادرة من الشارع من مثل قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا اركعوا واسجدوا واعبدوا ربكم » وقوله جل شأنه : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » وقوله تعالى : والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » إلى غير ذلك من الأوامر التى صدرت من الشارع ، ويندرج تحت موضوع القاعـــدة الثانية منهما جميع النواهى الصادرة من الشارع أيضا مثل قوله تعالى : « ولا تقربوا الزنا » وقوله تعالى : « ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتى هى أحسن » وقوله جل ذكره « « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » .

ومن الجزئيات الداخلة تحت القاعدة المذكورة ما روى عن حكيم بن حزام

قال : قلت يارسول الله : يأتيني الرجل فيسألني من البيع ليس عندي ما أبيعه منه ، ثم ابتاعه من السوق فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا تلقوا الركبان ولا يبع حاضر لباد » رواه الجماعة إلا الترمذي، وما روى عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : «لايبع أحدكم على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه إلا أن يأذن له » رواه أحمد فهذه الجزئيات وما ماثلها داخلة تحت قاعدة « كل نهي للتحريم » .

والقيد المذكور في التعريف وهو « التي يتوصل بها إلى استنباط الأحكام الشرعية » قيد يخرج به ماعدا القواعد الكلية الموصلة إلى استنباط الأحكام الشرعية أي يخرج من التعريف الأحكام غير الشرعية كالأحكام الحسية مثل « النار محرقة» .

والأحكام العقلية مثل العالم حادث ، والأحكام الاصطلاحية مثل «الفاعل مرفوع الخ لأن العلم بالقواعد الأصولية لايوصل إليها . ويدخل في التعريف نوعان من القواعد . هما :

١ — القواعد اللغوية كقوله : اللفظ العام يتناول جميع أفراده قطعا مالم يخصص. وقولنا : اللفظ المشترك بين معنيين أو أكثر . لا يراد به عند الاستعمال إلا معنى واحدا ، والعبارة قد تساق لمعنى وتدل على غيره وهكذا . . . وشمول تعريف علم الأصول لهذه القواعد مرجعة أن مصادر التشريع الإسلامي هما الكتاب والسنة . وهما باللغة العربية فلايستطيع فهمهما والاستنباط منهما إلا من عرف مالابد منه لذلك من ألفاظ اللغة العربية وأساليبها وطرق دلالتها على معانيها.

رأي آخر :

يرى بعض الأصوليين أن القواعد اللغوية ليست من علم الأصول بل هي من مباديه التي يستعان بها في الاستنباط فزاد في تعريف علم الأصول قيدا آخر هو «يتوصل بها توصلا قريبا » ومن ذلك الاقتصار على القواعد التي تكون كبرى في القياس لاقتراني أو دليل الملازمة في القياس الاستثنائي وبذا تخرج القواعد

اللغوية لأنها لا تستخدم على هذا النحو[1] .

النوع الثانى :

أما النوع الثانى من القواعد التى تدخل ضمن تعريف علم الأصول فهى قواعد معنوية أو شرعية وهى القضايا المتعلقة بالأسس التى بنى عليها الشارع أحكامه والأغراض التى رمى إليها بتشريعه كقاعدة «الأصل فى الأشياء الإباحة» وقولنا مالا يتم الواجب إلا به فهو واجب ، وقولنا من مقاصد الشريعة المحافظة على الأنفس والأموال ، وهكذا .

فالشارع ماوضع الشريعة وأمر الناس باتباعها إلا لإصلاح حالهم فى دنياهم ومعادهم وقد سلك لذلك طرقا وبنى أحكامه على قواعد فإذا عرفت هذه الطرق التى سلكها والمصالح التى اعتد بها . سهل عند الاستنباط اقتفاء آثاره والنسج على منواله والعمل لتحقيق أغراضه لذلك كانت هاتان القاعدتان داخلتين فى تعريف علم الأصول بالمعنى المذكور .

المراد من الأحكام الشرعية :

المراد من الأحكام الشرعية هنا هى تلك القضايا المشتملة على إسناد أوصاف شرعية لأعمال الإنسان الظاهرة والباطنة وتلك الأوصاف الشرعية هى ما يجعله الشارع محكوما به فى القضية : من وجوب وحرمة وندب أو كراهة وغيرها . وهذه الأحكام فى عرف الفقهاء من باب اطلاق المصدر على المفعول كما أطلق الخلق على المخلوق .

تعريف الحكم

فالحكم المطلق : هو إثبات أمر لأمر أو نفيه عنه فإذا كان طريق الإثبات أو النفى العقل : كالواحد نصف الاثنين والضدان لا يجتمعان . كان حكما عقليا ، وإذا كان طريق

(١ ، ٢) راجع ما يعد من أصول الفقه وما لا يعد منه ص ٢٨ ح ١ الموافقات ، وراجع أصول التشريع الإسلامى للمرحوم الشيخ على حسب الله .

الإثبات أو النفي المادة الفطرية كالنار محرقة والذهب لا يصدأ ، والخشب يطفو فوق الماء ، كان حكما عاديا ، وإذا كان طريق الحكم هو الشرع : كالصلاة واجبة وشرب الخمر حرام وتوحيد الله واجب والاشراك به حرام . كان حكما شرعيا .

فالأحكام الشرعية هي كما قلنا تلك القضايا المشتملة على إسناد (أوصاف شرعية) لأعمال الإنسان الظاهرة والباطنة فالله سبحانه وتعالى يخاطب عباده بكلام نستنبط منه قضايا هي أحكام شرعية وهي مشتملة على أوصاف محكوم بها من وجوب وحرمة الخ .

الأحكام العملية :

المراد بالحكم العملي هنا الأحكام المتعلقة بأفعال المكلفين وتشمل ما يتعلق بالعبادات والمعاملات والحدود وغيرها ، والعملية نسبة إلى العمل لأن المقصود من الأحكام الفقهية إنما هو العمل دون الاعتقاد أما الأحكام الاعتقادية فتؤخذ من علم الكلام والبحث عنها في العلم المذكور .

المراد من الادلة التفصيلية .

يراد بالقيد المذكور في التعريف وهو (من الأدلة التفصيلية) يراد بذلك آحاد الأدلة التي يدل كل منها على حكم بعينه كقوله تعالى « أقيموا الصلاة » وقوله تعالى « لا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق » وقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أنفقوا من طيبات ما كسبتم » فالأول يدل على وجوب الصلاة والثاني يدل على حرمة قتل النفس المعصومة والثالث يدل على استحباب الإنفاق وهكذا .

الدليل في عرف الفقهاء والأصوليين :

الدليل في عرف الفقهاء والأصوليين هو ما يمكن أن يتوصل بصحيح النظر فيه إلى مطلوب خبري .

الدليل في عرف المناطقة :

عرف المناطقة الدليل بأنه هو قول مؤلف من قضايا إذا سلمت ثبت عنها لذاتها قول آخر .

مهمة الأصولي :

وظيفة الأصولي هي البحث عن القواعد الكلية وتقريرها بأدلة شرعية كقاعدة «مقتضى الأمر الوجوب» فهي قاعدة كلية تنطبق على قول الشارع «أقيموا الصلاة وآتوا الزكاة» «واعبدوا الله» فعلم أصول الفقه هو ما يبنى عليه الفقه ولذا عرفه كمال الدين بن الهمام في التحرير بأنه إدراك القواعد التي يتوصل بها إلى استنباط الفقه .

أما الفقه فقد عرفه الباجي بأنه معرفة الأحكام الشرعية (١) .

أما وظيفة الفقيه فهي استنباط الأحكام الجزئية من الأدلة الشرعية باستخدام تلك القواعد الكلية فإذا أراد الفقيه مثلا أن يستخرج حكم الصلاة أهي واجبة أم غير واجبة أخذه من قوله تعالى « أقيموا الصلاة وآتوا الزكاة» وإذا أراد أن يعرف حكم الحج أخذه من قوله صلى الله عليه وسلم « إن الله كتب عليكم الحج فحجوا » وإذا أراد أن يعرف حكم الخمر مثلا استنبطه من قوله تعالى: «إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون » .

فالأمر بالاجتناب نهي والنهي يقتضي التحريم — لكن العلم بأن أدلة الأحكام الشرعية إجمالا هي الكتاب والسنة وما تفرع من قاعدة أن الضرر في الشريعة يزال «أو» بأن الفعل يجب لوجود المقتضى وينتفي لوجود المانع أو أن الأصل في الأشياء الإباحة وما أشبه ذلك فهل هو من باب معرفة الحكم الخاص من دليله التفصيلي .

والجواب أنه ليس من باب معرفة الحكم الخاص من دليله التفصيلي بل هو من باب معرفة القواعد الأصولية الكلية من عدة أدلة متفرقة .

---

(١) رسالة في الحدود للقاضي أبي الوليد الباجي .

مما تقدم يتبين أن علم أصول الفقه هو علم بالأدلة من حيث قوتها وبالقواعد التي يتوصل بها إلى استنباط الأحكام العملية من أدلتها التفصيلية ، والفقيه يستخرج الأحكام مع التقيد بهذه القواعد الأصولية المبينة .

فائدة علم أصول الفقه :

علم أصول الفقه بالنسبة للفقه كالميزان يمنع الفقيه من الخطأ في الاستنباط ويتبين به الاستنباط الصحيح من الباطل ، كما يعرف بالنحو الكلام الصحيح من الكلام غير الصحيح وكما يعرف بالمنطق البرهان العلمي المنتج من البرهان العلمي غير المنتج[1]. فهو علم لا غنى عنه للفقيه مطلقا .

---

(١) أصول الفقه للمرحوم الشيخ محمد أبو زهرة ص ٨ .

الفرق بين الفقه وأصوله

الفقه :

الفقه هو العلم بالأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية وأصوله هو معرفة القواعد التى يتوصل بها إلى استنباط الفقه تلك القواعد التى تبين طريقة استخراج الأحكام من الأدلة فمثلا يقرر علم الأصول قاعدة كلية هى أن الأمر يقتضى الوجوب والنهى يقتضى التحريم فاذا أراد الفقيه أن يستخرج حكم الحج أخذه من قوله ﷺ : « كتب عليكم الحج فحجوا » وهو أنه واجب وكذلك يمكنه معرفة حكم الخمر وهو أنه حرام من قوله تعالى : « إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون » فان طلب الاجتناب نهى عن القرب ولا يوجد نهى أبلغ من ذلك فى الدلالة على التحريم فأصول الفقه يبين الطريق الذى يلزمه المجتهد فى استخراج الأحكام من أدلتها ويرتب الأدلة من حيث قوتها فيقدم القرآن على السنة والسنة على القياس أما الفقيه فمهمته استخراج الأحكام مع التقيد بهذه المناهج .

موضوع علم أصول الفقه

موضوع علم أصول الفقه هو الدليل السمعى الكلى وما يعرض له ويتعلق به أما غير ذلك كالحكم وما يتعلق به والمبادىء اللغوية وما يتعلق بها وطرق الاستنباط وما يتعلق بها والمجتهد والشروط الواجب توافرها فيه فانها من مبادىء هذا العلم وإلى هذا ذهب الآمدى وجماعة من الأصوليين لأن العلم بأحوال الدليل يوصل إلى القدرة على إثبات الأحكام لأفعال المكلفين وعلم أصول الفقه هو علم بالقواعد التى يتوصل بها إلى استنباط الأحكام ، والقواعد مصدرها الأدلة التى منها استنبطت فلا يكون غير الأدلة الكلية إلا تبعا لها .

رأى آخر :

ذهب بعض آخر من علماء الأصول إلى أن موضوع أصول الفقه هى الأدلة والأحكام والمباحث المتعلقة بها وممن ذهب إلى هذا الرأى صدر الشريعة والمحقق التفتازانى من علماء الشافعية باعتبار أن الأحكام تثبت بالأدلة السمعية والأحكام من العوارض الذاتية للأدلة ولذلك كان الحكم من موضوعات علم الأصول .

نشأة علم أصول الفقه

هذا العلم من الفنون المستحدثة فى القرن الثانى الهجرى فلقد كانت أحكام الشريعة العملية فى عهد الرسول صلى الله عليه وسلم مكونة من الأحكام التى وردت فى القرآن الكريم والتى صدرت عن الرسول صلى الله عليه وسلم بيانا للكتاب الكريم أو زيادة عليه وهى فى مجموعها مصدرها الوحى المتلو وغير المتلو : (القرآن والسنة) فلم يكن الأمر فى عهده عليه الصلاة و السلام يقتضى استنباط الأحكام من قواعد عامة إذ مصدر الأحكام الفقهية فى الابتداء والنهاية فى عهده عليه الصلاة والسلام يرجع إلى الوحى لا غير .

ولما انتقل الرسول صلى الله عليه وسلم إلى الرفيق الأعلى تولى الافتاء بعده جماعة من أصحابه فكانت المسألة اذا وجدت بحثوا عنها فى كتاب الله فان لم يجدوها فى الكتاب بحثوا عنها فى سنة رسول الله (ص) لعل أحدا من أصحابه يعلم شيئا قاله الرسول صلى الله عليه وسلم فيها ، فإن لم يجدوا : اجتهدوا فاذا استنبطوا باجتهادهم حكما نقل عنهم وأضيف إلى الأحكام المعروفة فى كتاب الله وسنة رسوله (ص) .

والعلماء يقولون فى فتاوى الصحابة : إنها مجرد فتاوى فى مسائل واقعية لم تصبغ بالصبغة العلمية من إقامة البراهين والأدلة عليها لأنهم على علم تام بلغتهم والمفتون منهم عاصروا التنزيل ولهم معرفة بأسبابه وبصيرة بأسرار التشريع ومقاصده ومبادئه واستقر ذلك فى نفوسهم وكون لهم ذخيرة لم يحتاجوا إلى غيرها فى فهم النصوص وفى الاستنباط فيما لا نص فيه وكان الفضل الأول فى ذلك هو لصحبتهم لرسول الله (ص) ونزول القرآن عليه فى عهدهم وسماعهم الكثير من أحاديثه ومشاهدتهم أفعاله صلى الله عليه وسلم حيث كان ذلك كله كافيا لأن يتوصلوا به إلى استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها من غير حاجة إلى أدوات ووسائل لأنهم كانت لديهم كل الوسائل ، كما لم تسم الأحكام التى صدرت عنهم بالفقه وكما لم يسم المفتون منهم بالفقهاء لأن هذه الأسماء اصطلاح نجم عن الصناعة فى عهد تكوين المذاهب الفقهية .

وأما من جاءوا بعد الصدر الأول من المسلمين لم تسلم لهم تلك الآلة اللسانية التى سلمت لسلفهم لأنهم إما عرب اختلطوا بمن دخلوا فى الإسلام من غير العرب وتأثرت بهذه الخلطة عروبتهم وملكاتهم وإما غير عرب لا يعرفون الأساليب العربية إلا بوسائل لم يتمرسوا عليها .

لهذا مست الحاجة إلى وضع قواعد وبحوث يتوصل بها إلى فهم النصوص العربية على مقتضى أساليب اللغة العربية ومسالكها فى الدلالة كما مست الحاجة إلى وضع قواعد نحوية يتوصل بها إلى الاحتراز عن الأخطاء فى التعبير والكتابة . وإذا أضفنا إلى ما تقدم أن من جاءوا بعد الصدر الأول من المسلمين علاوة على فقدانهم أدوات فهم النصوص الأصلية التى سبق ذكرها فهم مع ذلك لم يتوفر لهم ما توفر لسلفهم لبعد عهدهم بفجر التشريع والاختلاف فى وقائع كثيرة من أسباب النزول وطروء عدة عوامل شعبت وجهات النظر فى مقاصد الشارع ومبادئه لهذا كله مست الحاجة إلى وضع قواعد وبحوث تضبط بها مقاصد الشرع ومبادئه ويتوصل بها إلى فهم النصوص حق فهمها والاستنباط مما لا نص فيه ، وبدت حاجات ملحة لوضع ضوابط وقواعد لفهم النصوص والمراد منها ومقاصد المشرع . وطرق استخراج الأحكام بدأت تظهر فى أواخر عهد تابعى التابعين وأول عهد الائمة المجتهدين فقد كثرت الوقائع التى يحتاج إلى إبداء الرأى فيها وكثر تبعا لذلك عدد المجتهدين وسلك كل مجتهد فى استنباطه المسلك الذى استقر فى نفسه أنه الحق ـ وكان ما ذكر متناولا المسائل الفقهية استدلالا على ما يثبت لهذه المسائل من الأحكام الشرعية إلى أن تم استخراج بعض الضوابط والكليات فى شكل علمى مستقل وساعد على ذلك ازدهار العلوم والمعارف وزاد من ذلك حماس علماء اللغة العربية لوضع قواعد لحماية اللغة مما دخل عليها من مفردات وأساليب غريبة فوضعوا قواعد للغة وألفوا فيها الكتب حتى لا يؤثر فيها سيل العجمة الجارف وبذلك قاموا بحراسة كتاب الله وسنة رسوله من العجمة الجارفة الناشئة عن كثرة اختلاط الأعاجم بالعرب قرب انتهاء القرن الثانى الهجرى .

كذلك قام المجتهدون بعمل أجل نفعا وأكبر فائدة فوضعوا قواعد اتخذت أساساً فى استنباط الأحكام الشرعية من الأدلة مستعينين فى وضعها بما قرره

أئمة اللغة من قواعد ثبتت عندهم باستقراء الأساليب العربية كما استعانوا على استنباط قواعدهم باستعمالات الألفاظ الشرعية وبمقاصد الشرع فى التشريع ودونوا تلك القواعد وجعلوها علما مستقلا سموه « أصول الفقه » .

وأول من دون قواعد هذا العلم فى بحوث مجموعة مستقلة مرتبة ، مؤيدا كل بحث بالبرهان ووجهة النظر فيه هو الإمام محمد بن إدريس الشافعى المتوفى سنة ٢٠٤ للهجرة فقد كتب فيها رسالته الأصولية التى رواها عنه صاحبه الربيع المرادى وهى أول ما دون فى هذا العلم على أرجح الروايات .

وقد تكلم الشافعى فى رسالته عن القرآن وبيانه والسنة ومقامها بالنسبة للقرآن الكريم وأقام الأدلة على حجية السنة ووجوه لم يسبقه إليها غيره كما تكلم عن الناسخ والمنسوخ وعلل الأحاديث والاحتجاج بخبر الواحد والقياس وما يجوز فيه الخلاف وما لا يجوز ولم تكن الرسالة هى كل ما دون الامام الشافعى فى علم أصول الفقه ففى كتابه الأم من مباحث هذا العلم الكثير مثل كتاب إبطال الاستحسان وغير ذلك من أبواب هذا العلم ولهذا اشتهر على ألسنة العلماء أن واضع علم أصول الفقه هو الإمام الشافعى .

تنبيه :

لم ينقل عن أبى حنيفة ومالك أنهما ألفا رسائل فى علم أصول الفقه كالشافعى وليس معنى هذا أنه ليس لهما باع فى ذلك فان الطريقة التى اتبعها هذان الإمامان فى فهم كتاب الله وسنة رسوله والاستنباط منهما ، تتفق فيما نقل عنهما من القواعد الأصولية ويعلم ذلك من تتبع أدلتهم المبسوطة فى كتب الفقه المنسوبة إليهما ففيها يبين اصحابها الفكر والملكة الفقهية وأن كلا منهما قد استدل لرأيه معتمدا على قاعدة أصولية .

هذا وقد تتابع العلماء فى التأليف فى هذا العلم بين إسهاب وإيجاز وسلك علماء الكلام طريقا فى التأليف فى هذا العلم وسلك علماء الحنفية طريقا آخر فيه .

طريقة علماء الكلام أو طريقة الشافعى :

سميت هذه الطريقة بذلك الاسم لأن أكثر المؤلفين بها كانوا من علماء الكلام

وكان الإمام الشافعي هو أول من تقيد بمناهجها وتبعه في ذلك علماء المالكية والحنابلة .

وخلاصة هذه الطريقة في التأليف هي وضع الضوابط العامة والقواعد الكلية التي على مقتضاها تبنى الفروع الفقهية مع تقديم البراهين والاعتماد الكلي على الدليل الشرعي المقرر لهذه القواعد . والأدلة على صحة هذه الضوابط . فكانت القواعد الكلية الأصولية هي الحاكمة على الفروع الفقهية — كما تميزت هذه الطريقة بقلة ذكر الفروع الفقهية إلا لضرورة توضيح مايذكر من قواعد أصولية .

وأشهر الكتب التي ألفت على هذه الطريقة : كتاب العمد للقاضي /عبدالجبار المعتزلي الشافعي وشرحه للمعتمد لمحمد بن محمد المشهور بأبي الحسين البصري المعتزلي المتوفى سنة ٤٣٦ هـ .

وكتاب البرهان لأبي المعالي عبد الملك الجويني النيسابوري الأشعري الشافعي الملقب بإمام الحرمين المتوفى سنة ٤٧٨ هـ .

وكتاب المستصفى للغزالي الأشعري الشافعي المتوفى سنة ٥٠٥ هـ .

وكتاب المحصول لفخر الدين محمد بن عمر الرازي الشافعي المتوفى ٦٠٦ هـ .

وكتاب الإحكام في أصول الأحكام لأبي الحسن علي بن أبي علي بن محمد المعروف بسيف الدين الآمدي المتوفى سنة ٦٣١ هـ .

والكتب المذكورة تعتبر أساسا لطريقة المتكلمين في علم الأصول وكل ما ألف بعدها فهو مأخوذ ومختصر منها .

ومن ذلك كتاب المختصر لعثمان بن عمرو المعروف بابن الحاجب المالكي المتوفى سنة ٦٤٦ هـ وكتاب المنهاج للبيضاوي المتوفى سنة ٥٨٥ هـ .

وكتاب تنقيح الفصول الذي ألفه القرافي شهاب الدين المتوفى ٦٨٤هـ .

طريقة الحنفية :

أكثر الحنفية من ذكر الفروع الفقهية في كتبهم الأصولية لأنها في الحقيقة هي الأصول للقواعد الأصولية عندهم . وهذه الطريقة المنسوبة إلى فقهاء الحنفية خلاصتها أن تؤخذ القواعد الكلية من آراء أئمتهم التي أبدوها في الفروع

الفقهية فهم لم ينقل لهم عن أئمتهم قواعد أصولية ساروا عليها كما هو الحال فى الأصول المنقولة : عن الإمام الشافعى ، وإنما نقل لهم عن أئمتهم فروع ومسائل فقهية كثيرة ومتنوعة فبحثوا فى الفروع الفقهية المتشابهة وأخذوا منها قواعد أصولية ، أى أنهم قرروا القواعد الأصولية على مقتضى الفروع المنقولة عن أئمتهم ، وفى بعض الحالات كانوا يضعون القاعدة ثم يعدلونها إذا ما ظهر لهم أنها تتعارض مع الفروع المقررة فى المذهب — ومن ثم يمكننا القول أن قواعد أصول الفقه عند الحنفية تخضع للفروع المأثورة عن الأئمة فالفروع كأنها الأصل والقواعد نتاج لها متفقة معها . فالحنفية يضعون قاعدة كلية لاستنباط الحكم الشرعى من النص المشتمل على لفظ مشترك هى قاعدة وأن المشترك لا يستعمل فى عبارة واحدة إلا فى معنى واحد ، وهذه القاعدة الأصولية لم ترد عن إمام من أئمة المذهب الحنفى ولكن علماء المذهب أخذوها عن آراء أئمة المذهب فى عدة فروع فقهية استعملوا المشترك فيها فى معنى واحد من معانيه كقولهم ببطلان وصية من أوصى لمواليه وكان له موالى أعلون وأسفلون ثم مات قبل بيان الموصى لهم فقد قالوا ببطلان الوصية وعللوا البطلان هنا بأن الموصى لهم مجهولون وهذه الجهالة أتت من ناحية أن لفظ الموالى مشترك بين « المعتقين » بكسر التاء ويقال لهم موال أعلون وبين « المعتقين » « بفتح التاء » ويقال لهم موال أسفلون ، ولم يحملوا اللفظ المشترك على كل معانيه فى عبارة واحدة وجعلوا ذلك قاعدة أصولية . . واستثنى بعضهم من هذا العموم بالنسبة للمشترك حالة النفى لما أن وجدوا أن أئمتهم قالوا أن اللفظ المشترك مستعمل فى كل معانيه فى حالة ما إذا حلف إنسان أن لا يكلم مواليه وكان له موال أعلون وموال أسفلون ، وقرروا أن الحالف فى هذه الحالة يحنث لو كلم أى واحد من مواليه الأعلى منهم أو الأسفل .

ولهذا قال هذا البعض : إن المشترك لا يعم فى حالة الاثبات ويعم فى حالة النفى .

وهكذا يوضح المثل المذكور مدى اعتماد علماء الحنفية فى تقعيدهم للقواعد الأصولية على ما ينقل لهم من آراء أئمتهم فى الفروع الفقهية اعتقادا منهم أن

هذا الذى سار عليه أئمة المذهب هو بمثابة قاعدة أصولية لم يكتبوها وإنما فرعوا عليها ما ذكروه من أحكام لهذه الفروع الفقهية .

ومن أشهر الكتب المؤلفة على طريقة الحنفية كتاب الأصول لفخر الإسلام على بن محمد البزدوى المتوفى ٤٨٢ هـ وقد شرحه عبد العزيز بن أحمد البخارى المتوفى سنة ٧٣٠ فى كتابه كشف الاسرار . كذلك يعتبر من أهم كتب الأصول عند الحنفية التوضيح شرح التنقيح وكتاب التحرير للكمال بن الهمام المتوفى ٨٦١ هـ وقد شرحه تلميذه محمد بن أمير الحاج الحلبى الحنفى المتوفى سنة ٨٧٩ هـ فى كتاب أسماه التقرير والتحرير .

هذا وقد واصل العلماء التأليف فى أصول الفقه وقد اختصر بعضهم الكتب القديمة المؤلفة فى هذا العلم ثم شرحوا ما اختصروا ثم جاء آخرون ووضعوا الحواشى على الشروح ووضع آخرون تقاريرهم على الحواشى فكان المتن ثم مختصره ثم شرح المختصر ثم الحاشية ثم التقرير . . وقد ظل أكثر الكتب التى ألفت فى هذا الفن مخطوطة بل وضاع بعضها ولم يطبع منها إلا القليل .

نظرية الحكم
فى
أصول الفقه

أركان الحكم ثلاثة هى :

(١) الحاكم

(٢) المحكوم فيه

(٣) المحكوم عليه

الحاكم : اتفقت كلمة المسلمين على أن الحاكم فى شريعة الإسلام هو الله سبحانه وتعالى وأيدوا قولهم هذا بقوله عز وجل « إن الحكم إلا لله » . فلا حكم إلا من الله تعالى ، كما أجمعت الامة على أن أحكامه سبحانه وتعالى على أفعال المكلفين تعرف من رسله عليهم السلام بعد إرسالهم للناس وتبليغهم الدعوة فحكم الله يعرف من الوحى السماوى ومن الأدلة التى اعتبرها .

وبعد أن اتفق الفقهاء على أن حكم الله تعالى يعرف من الوحى السماوى ومن الأدلة المعتبرة شرعاً اختلفوا فى أنه هل يمكن للعقل أن يعرف وحده حكم الله تعالى دون حاجة إلى مرشد له وهو الوحى السماوى وهل تترتب على معرفة العقل حكم الله تعالى فى الشيء من غير وحى سماوى آثار من ثواب أو عقاب ؟ ؟ .

لقد اختلف العلماء فى ذلك اختلافاً كبيراً فمن قائل بأنه لاسبيل لدرك حكم الله تعالى بالعقل قبل بعثة نبى .

ومن قائل بأن العقل يمكنه أن يستقل بدركه حكم الله تعالى فى الفعل بناء على مايدركه من حسن فى الفعل أو قبح فيه ونوجز هذا الخلاف فيما يلى : —

رأى الأشاعرة : يرى الاشاعرة أن الحسن والقبح شرعيان لاعقليان وأنه لاسبيل لدرك حكم الله بالعقل قبل بعثة النبي ﷺ .

وأساس مذهب الأشاعرة هو أن أساس قبح الأشياء وحسنها ليس ذاتيا فالصدق قد يكون قبيحا إذا ترتب عليه ضرر بالناس بغير حق والكذب قد يكون حسنا وذلك إذا ترتب عليه نجاة برىء ممن يريد إيذاءه أو إذا ترتب عليه مصلحة عامة للجماعة وهكذا .

والأشاعرة يرون أن العقل لا يمكنه معرفة حكم الله تعالى فى أفعال المكلفين وحده بل لابد من معرفة ذلك بواسطة الرسل والكتب السماوية، والاعتماد على العقل وحده لايؤدى إلى معرفة حكم الله تعالى فالعقول تختلف اختلافا بينا فى الحكم على الأفعال فبعضها قد يستحسن فعلا بينما يستقبحه عقل إنسان آخر بل إن العقل الواحد قد يختلف فى الحكم على فعل واحد من وقت لآخر وذلك لتأثره بالهوى والغرض فيكون الحكم إذا صدر عن العقل وحده مقبحا الشىء أو مستحسنا له حكم فى الغالب غير سليم . قال الشاعر.

وعين الرضا عن كل عيب كليلة كما أن عين السخط تبدى المساويا

وإذا كان هذا هو حال العقل فى الحكم على الأفعال كان الاطمئنان إلى حكمه من الأمور التى لايصح أن يبنى عليها ثواب أو عقاب لأنه لايعرف أنه حكم الله ومراده . فكان حكم العقل ليس طريقا لمعرفة حكم الله تعالى . وكان غير صحيح أن يقال إن مايراه العقل حسنا هو عند الله حسن ومطلوب فعله ويثاب فاعله من الله تعالى وأن مارآه العقل قبيحا هو قبيح أيضا عند الله تعالى وهو مطلوب تركه وأن المكلف يعاقب من الله إذا فعله وأتاه فالله سبحانه وتعالى يقول فى ذلك : (وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا) .

ويقول الأشاعرة : أنه مادام الحكم لايعرف إلا عن طريق الوحى وبواسطة الكتب والرسل ، فمن لم تبلغهم دعوة الرسل وشرائع الله هم غير مكلفين من الله تعالى بشىء ولا يستحقون ثوابا ولا عقابا . فالحسن والقبح فى الأفعال شرعيان لاعقليان . فالأفعال ليس فيها صفات حسن أو قبح ذاتية . بسببها يطلب الله تعالى فعلها أو تركها إنما هو جل شأنه يطلب فعل مايشاء فيكون حسنا ويطلب

المكلف عما شاء فيكون قبيحا فلا سبيل للعقل للعلم بحسن فعل أو قبحه إلا متى علم بطلب الله للفعل أو بطلب تركه .

رأى الماتريدية : يرى الماتريدية أن الأفعال توصف بالقبح أو الحسن قبل ورود الشرع بذلك والعقل قد يستقل بإدراك ما فى الفعل من حسن أو قبح والله سبحانه وتعالى يأمر بفعل ماهو حسن وينهى عن كل ماهو قبيح — ولكن لايلزم أن تكون أحكام الله تعالى فى أفعال المكلفين على وفق ماتدركه نفوسهم من حسن أو قبح لأن العقول قد تخطىء ولأن بعض الأفعال قد يشتبه أمره على العقل فلا يدرك حسنه أو قبحه ومن ثم فلا تلازم بين أحكام الله وأحكام العقل فلا سبيل إلى معرفة أحكام الله إلا عن طريق الرسل والكتب السماوية فمعرفة حكم الله سبحانه وتعالى لاتكون عن طريق العقل الذى قد يشتبه دليه الأمر ويخطىء وإنما تكون عن طريق شرعه الذى يبين أن الفعل نافع ومطلوب وأنه محل لثواب الله تعالى . أو أن الفعل ضار ومنهى عنه وأنه محـل لعقاب الله تعالى ، فلا تكليف قبل ورود الشرع وبهذا كانت النتيجة التى توصل إليها الماتريدية هى التى توصل إليها الأشاعرة وهى نفى التكليف قبل ورود الشرع وإن اختلفت العلة .

رأى المعتزلة : يرى المعتزلة أن أفعال المكلفين يستطيع العقل أن يحكم عليها بالحسن أو بالقبح وحسب مايترتب عليها من آثار فيحكم على الأفعال النافعة بالحسن والأفعال الضارة بالقبح وأن حكم الله تعالى على الأفعال هو على حسب ماتدركه العقول من نفعها أو ضررها . فما رآه العقل حسناً كان عند الله حسناً ومطلوباً له سبحانه وتعالى وإن فعله المكلف استحق عليه الثواب من الله . وما رآه العقل قبيحاً كان منهياً عنه من الله فإن فعله المكلف استحق العقاب منه سبحانه و تعالى ، ومن لم تبلغهم دعوة الرسل والشرائع هم مكلفون من الله بفعل ما يراه عقلهم حسناً ويثابون من الله على فعله . وهم أيضاً مكلفون بترك مايراه عقلهم أنه قبيح ويعاقبون من الله على فعله ـ فالحسن والقبح عند المعتزلة عقليان لا شرعيان .

وأساس هذا المذهب أن القبح والحسن ذاتيان فالشكر على النعمة والصدق والأمانة وما ماثل ذلك هي أمور حسنة في ذاتها وأضدادها كل منها قبيح في ذاته فعدم شكر المنعم على نعمه أمر قبيح في حد ذاته والعقل يدرك هذا القبح والكذب والخيانة كل منهما قبيح في حد ذاته والعقل البشري يدرك ذلك ولو لم يجيء الوحي بذلك(١) .

فالأفعال عند المعتزلة تتصف بالحسن والقبح اتصافاً ذاتيا والعقل يمكنه الاستقلال بفهم ذلك قبل ورود الشرائع .

ويقول المعتزلة إنه يلزم أن تكون أحكام الله على وفق مااتصفت به الأفعال من حسن أو قبح ذاتي وأنه يمكن درك تلك الأحكام قبل أن ترد الشرائع على وفق ماأدركه العقل . فالحاكم عند المعتزلة هو العقل والشرع كاشف(٢).

ثمرة هذا الخلاف :

بناء على الرأي القائل بأن المعرف للحكم هو العقل كان من لم تبلغهم دعوة الرسل كأهل الفطرة وهم الذين عاشوا بعد موت رسول وقبل مبعث رسول آخر مثابون على فعل الطاعات ومعاقبون على تعاطي المحرمات لأن الأحكام في نظر أصحاب هذا الرأي يمكن دركها قبل أن ترد الشرائع وذلك على وفق ما يدركه العقل من حسن أو قبح ذاتي للافعال .

أما على الرأي القائل بأن الحسن والقبح شرعيان لاعقليان وان العقل ليس المعرف الشرعي وأنه لاتكليف قبل ورود الشرائع فإن أهل الفطرة لايثابون ولا يعاقبون لإتيانهم الطاعات أو لارتكابهم المعاصي .

ومما يجدر ملاحظته أن هذا البحث محله كتب التوحيد فهو وظيفة علماء التوحيد وقد بسط القول فيه علماء الكلام وكانوا بين مؤيدين لفكرة استقلال العقل بمعرفة الحكم ومعارضين له ولكل أدلته ونكتفي هنا بما كتبه في هذا الموضوع المرحوم الشيخ محمد الخضري في كتابه أصول الفقه، فقد تناول النقاط التالية : ـــ

(١) شرح المنار لابن ملك ص ٩٣١ .

(٢) راجع حاشية الحسن الهروي جـ ١ من حاشية سعد الدين التفتازاني وحاشية السيد الشريف الجرجاني المتوفى ٨١٦ على شرح القاضي عضد الملة والدين المتوفى ٧٥٦ هـ لمختصر المنتهى الأصولي لابن الحاجب ص ٢٢ .

(١) الحسن والقبح ماهما ؟ وهل تتصف بهما الأفعال اتصافا ذاتياً ؟ .

(٢) هل يمكن للعقل أن يستقل بدرك حسن الفعل أو قبحه ؟

(٣) هل يلزم أن تكون أحكام الله تعالى على وفق الأفعال من حسن أو قبح ؟ .

النقطة الأولى :

كتب المرحوم الشيخ محمد الخضرى فى كتابه أصول الفقه عن هذه النقطة فقال :

اختلف الناس فى معنى حسن الفعل وقبحه فمن قائل أن الحسن مايوافق غرض فاعله باعتباره أنه جالب له لذة أو دافع عنه ألما والأفعال بهذا الاعتبار تختلف باختلاف الناس فرب فعل يجلب لانسان لذة ويجلب لآخر ألما ، بل قد يختلف اختلاف أزمنة عند الشخص الواحد وأحواله فقد يكون الفعل جالباً لشخص لذة فى آن وجالباً له ألما فى وقت آخر وبهذا الاعتراض لا يمكن أن نقول إن الفعل قد اتصف بالحسن أو والقبح اتصافاً ذاتياً لأنه لا إثبات لذلك الوصف ولا استقرار فليس الوصف لذاته، والمراد بالوصف الذاتى مايحكم به العقل بمجرد أن يخطر الموصوف بذلك

ومن قائل أن الحسن مايوافق غرض المجتمع بأن يكون جالباً له لذة أو جالباً له ألماً بغير اعتبار للفاعل إلا من جهة كونه من المجتمع أكثر من يصل إليهم هذا الفعل فتأسيس جمعية لسد حاجة المعوزين عمل حسن ، لأنه يدفع ألما عن جزء عظيم من أفراد المجتمع ، ويسوق لذة الحصول على مايسد خلتهم ، وإخافة السبيل عمل قبيح ، لأنه يسبب لجزء عظيم من أفراد المجتمع ألما من الخوف على أنفسهم أو على أموالهم .

والأفعال بهذا الاعتبار يمكن الحكم عليها من طريق كلى ، إذ أن الفعل متى غلب نفعه فى أكثر الأحوال أو بالنسبة لمعظم الأفراد ، كالصدق ، وشكر المنعم والوفاء بالعهد ، عد حسنا ، ومتى غلب ضرره فى أكثر الأحوال ، وبالنسبة لمعظم الأفراد ، كالكذب ، والكفران ، ونقض العهود ، عد قبيحا .

ولا مراء فى أن العقل يمكنه أن يستقرىء جزيئات الفعل ، وبحسب مايغلب عليه من نفع أو ضرر للمجتمع ، وبناء على استقرائه يحكم على الفعل الكلى بالحسن أو القبح ، بقطع النظر عن الاعتبارات والوجوه التى تحيط به ، لكن العقول ليست مستعدة لأن تحكم دائما حكما صادقا لأن الأهواء كثيرا ماتزيغ بالعقول فتجعلها تراعى فى حكمها مصلحة الجزء الأقل ، وتتغافل عن مصلحة الجزء الأعظم من المجتمع فتحكم على الفعل بحسن أو قبح حكما غير صادق ، ولما لأصحاب هذه العقول فى هذا المجتمع من المنزلة بين من يتلقون عنهم تؤخذ هذه الأحكام من غير بحث ، ويتناقلها الخلف عن السلف كأنها قضايا بديهية ، وربما كانت فى الحقيقة كاذبة وبناء على هذا البيان نقول :

قالت الأشاعرة : أن الأفعال لاتحسن ولاتقبح إلا بأمر الشارع أو نهيه ، وليس لها فى ذاتها ولا لأمر خارج عنها صفة تكسب بها اسم الحسن أو القبح ، وهؤلاء نظروا فوجدوا : أن الحسن والقبح بالمعنى الأول ليس أمرا مستقرا ثابتا فى الأفعال ، بل يختلف باختلاف الأشخاص والأزمنة والأحوال فلامعنى لاعتباره وصفا ذاتيا ، ثم نظروا إليها بالمعنى الثانى ، فوجدوا أنه كذلك يختلف إذ مامن فعل اتفق الناس على حسنه ، إلا نجد له جزئيات يقبح فيها كالصدق ، فإنه حسن ، ولكنه إذا ترتب عليه هلاك جزء عظيم من الأمة من يد جائرة فإنه يقبح ، وقد قالوا : من الصدق ما الكذب خير منه ، كصدق أرباب السعايات عند الملوك الذين يستحلون مصادرة الناس فى أموالهم .

ماقاله الإمام القرافى : قال الإمام الكبير شهاب الدين أبو العباس احمد بن ادريس القرافى المتوفى سنة ٦٨٤ هـ : « حسن الشيء وقبحه يراد بهما مايلائم الطبع أو ينافره كانقاذ الغرقى واتهام الأبرياء وكونها صفة كمال أو نقص نحو العلم حسن والجهل قبيح أو كونه موجبا للمدح أو الذم الشرعيين والأولان عقليان إجماعا والثالث شرعى عندنا لايعلم ولا يثبت إلا بالشرع فالقبيح مانهى الله تعالى عنه والحسن مالم ينه عنه .

وعند المعتزلة هو عقلى لايفتقر إلى ورود الشرائع ، بل العقل استقل بثبوته قبل الرسل ، وإنما الشرائع مؤكدة لحكم العقل فيما علمه ضرورة كالعلم بحسن الصدق النافع وقبح الكذب الضار ، أو نظرا كحسن الصدق الضار ، وقبح الكذب النافع ، أو مظهرة لما لايعلمه العقل ضرورة ونظرا كصوم آخر يوم من رمضان ، ، وتحريم أول يوم من شوال(١)

وعندنا الشرائع الواردة منشئة للجميع ، فعلى رأينا لا يثبت حكم قبل الشرع خلافا للمعتزلة فى قولهم : إن كل مايثبت بعد الشرع فهو ثابت قبله . وخلافا للأبهرى من أصحابنا القائل بالحظر مطلقا وأبى الفرج القائل بالإباحة مطلقا وكذلك قال بقولهما جماعة من المعتزلة فيما لايطلع العقل على حاله كصوم آخر يوم من رمضان وتحريم صوم أول يوم من شوال ،

ودليلنا قوله تعالى : « وماكنا معذبين حتى نبعث رسولا »(٢) فقد نفى التعذيب قبل البعثة فينتفى ملزومه وهو الحكم .

---

(١) شرح تنقيح الفصول فى اختصار المحصول فى الأصول للقرافى ص ٨٨ — ٩٤ تحقيق الأستاذ طـــه عبد الرءوف سعد ونشر مكتبة الكليات الأزهرية .

(٢) الآية رقم ١٥ من سورة الاسراء .

أدلة المعتزلة والرد عليها : وقد سرد القرافى ما أمسك به أنصار من يقولون بان الحسن أو القبح عقليان ثم رد عليها فقال :

احتجوا بأنا نعلم بالضرورة حسن الإحسان وقبح الإساءة . وردنا عليهم بأن نقول لهم : ان محل الضرورة مورد الطباع وليس هذا محل النزاع أى أن العقل إذا أدرك حسن الإحسان من وجهة أنه يلائم الطبع لا من جهة أنه يثاب عليه وقبح الإساءة من جهة منافرتها للطبع فهذا لاخلاف فيه ليس محل النزاع بيننا وبينكم[1] .

تفسير القرافى لقوله إن حسن الشيء وقبحه عقليان : قال القرافى : أنى قلت إن حسن الشيء وقبحه بمعنى أن الحسن مايلائم الطبع وأن القبيح ماينفر منه الطبع وبمعنى أن الحسن صفة كمال وأن القبح صفة نقص وأن الحسن والقبح بهذين المرادين هما عقليان إجماعا أى أننا نوافق المعتزلة على أن الحسن والقبح بهذين التفسيرين يستقل العقل بإدراكهما من غير ورود الشرائع ، فيدرك العقل أن الإحسان ملائم والإساءة منافرة ، وأن العلم كمال ، والجهل نقص .

أما كون الفعل يثيب الله عليه أو يعاقب فهذا لايعلم ، إلا بالشرع عندنا ويعلم بالعقل عند المعتزلة .

فن أنقذ غريقا فى فعله أمران : أحدهما كون الطباع السليمة تنشرح له وهذا عقلى .

---

(١) يقول القرافى هنا : أن محل النزاع إنما هو هل العقل وحده يدرك الحسن والقبح وأن الفعل المدرك بالعقل يجب الثواب أو العقاب لفاعله أو لتاركه — أما هذه المسألة فإدراك العقل للقبح أو الحسن هو للضرورة من جهة أن الفعل ملائم للطبع لامن جهة أنه يثاب علية أو أن الفعل قبيح لمنافرته للطبع لامن جهة أنه يعاقب عليه والضرورة حينئذ إنما هى فى مورد الطباع الذى هو الملاءمة والمنافرة لافى صورة النزاع الذى هو الثواب والعقاب .

وثانيهما : أن الله تعالى يثيبه على ذلك وهذا محل النزاع . وكذلك من غرق إنسانا ظلما فيه أمران .

أحدهما : كونه يتألم منه الطبع السليم وهذا عقلي .

وثانيهما : كونه يعاقبه الله تعالى عليه وهذا محل النزاع فهذا تلخيص محل النزاع[1] .

وكذلك يدرك العقل أن العلم كمال وأن الجهل نقص وإن لم يبعث الله الرسل كما يدرك أن خمسة فى خمسة بخمسة وعشرين ، وجميع الأحكام العقلية من الحسابيات والهندسيات ، وكذلك الأمور العادية كالطبيات وغيرها لا يتوقف دركها على الشرائع ، وكذلك الأمور الإلهية فيما يجب لله تعالى ويستحيل عليه أو يجوز فى أفعاله يكفى فيها العقل . وأما وقوع أحد طرفى الجائز على الله تعالى فلا يستقل العقل به ولا يتوقف كله على الشرائع بل قد يكفى فيه الحواس الخمسة أو إحداها كما ندرك أن الله تعالى خالق الرائحة فى المسك واللون فى الثلج والصوت فى الجنين ، والخشونة فى القنفذ ، أو بقرائن الأحوال كخجل الخجل ، ووجل الوجل وغير ذلك . . .

أما الثواب والعقاب العاجل فى الدنيا أو الآجل فى الآخرة أو أحوال القيامة أو الأحكام الشرعية فان هذا ونحوه لا يعلم عندنا إلا بالرسائل الربانية . أما المعتزلة فعندهم تدرك الأحكام والثواب والعقاب وكثير من أحوال القيامة بالعقل . فهم يوجبون بالعقل خلود الكافر ، وصاحب الكبيرة فى النار ، وخلود المؤمن ووجوب دخوله الجنة وغير ذلك مما هو عندهم من باب العدل وفروع الحسن والقبح .

أما نحن فنرى أن هذه الأمور كلها يجوز على الله تركها وفعلها ، ولا نعلم وقوعها وعدم وقوعها إلا بالشرائع .

---

(١) المصدر السابق .

فالقبيح عندنا مانهى الله تعالى عنه ، والحسن مالم ينه الله تعالى عنه . أما المعتزلة فالقبيح عندهم هو المشتمل على صفة لأجلها يستحق صاحبه الذم والحسن ماليس كذلك .

وقال القرافى : إن المقصود بالحسن مالم ينه عنه الشارع هو قول سليم فهو بهذا يفيد أن الأفعال الإلهية حسنه لصدق عدم النهى عنها ويدخل فى ذلك أيضا فعل الساهى والغافل وأفعال البهائم — أما لو عرفنا الحسن بأنه المأمور به فإنه لايندرج تحته الأفعال الإلهية لعدم الأمر بها .(١)...

القائلون بأن الأفعال قبل ورود الشرع على الحظر أو على الإباحة هل هم موافقون للمعتزلة ؟

نبه القرافى إلى شبهة قد ترد على ذهن بعض الناس من أن القائلين بأن الأفعال قبل ورود الشرائع هى محظورة والأصل فى الأشياء الحظر هم يقولون بمثل ما يقول به المعتزلة لأنهم ينسبون إدراك الحظر إلى العقل وكذلك من يرى أن الأصل هو الإباحة فى الأفعال حتى ترد الشريعة بما يفيد حظرها . . . نبه القرافى إلى نفى هذه الشبهة فقال :

قول من قال بأن الأفعال قبل ورود الشرائع هى على الحظر أو على الإباحة ليس موافقة للمعتزلة بل هم من أهل السنة ، غير أنهم قالوا ذلك لمدارك شرعية ، أما دليل كونها على التحريم متقدما فلقوله تعالى « يسئلونك ماذا أحل لهم »(٢) ومفهومه أن المتقدم قبل الحل هو التحريم . . .

وكذلك قوله تعالى : « أحلت لكم بهيمة الأنعام »(٣) ومفهومه أنها كانت

(١) المصدر السابق .
(٢) الآية رقم ٤ من سورة المائدة .
(٣) الآية الأولى ١ من سورة المائدة .

قبل ذلك محرمة ، فدل ذلك على ان حكم الأشياء كلها كانت على الحظر.

وأما دليل الإباحة فقوله تعالى : « خلق لكم مافى الأرض جميعا » وقوله تعالى « أعطى كل شيء خلقه ثم هدى »[1] .

وذلك يدل على أن الإذن فى الجميع بهذه المدارك الشرعية الدالة على الحل قبل ورود الشرائع فلو لم ترد هذه النصوص لقال هؤلاء الفقهاء لا علم لنا بتحريم ولا إباحة .

وتقول المعتزلة : المدرك عندنا العقل فلا يضرنا عدم ورود الشرائع ، فمن هنا افترق هؤلاء الفقهاء عن المعتزلة[2].

---

(١) الآية رقم ٥٠ من سورة طه.

(٢) المرجع السابق .

الحكم الشرعي

الحكم عند الاصوليين :

عرف الأصوليون الحكم بأنه خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين اقتضاء أو تخييرا أو وضعا .

شرح التعريف :

« خطاب » جنس في التعريف يشمل خطاب الله تعالى وخطاب غيره من الملائكة والإنس والجن : وباضافة لفظ « خطاب » إلى « الله » يخرج خطاب غيره سبحانه وتعالى .

والمراد بخطاب الله تعالى هو كلامه النفسي ، المدلول عليه بالكلام اللفظي ، وهو متناول للقرآن الكريم وغيره من سائر الأدلة الشرعية فهي خطابات الله تعالى بواسطة « السنة » أو « الإجماع » أو « القياس » أو غيرها من الأدلة الشرعية ، فكل هذه الأدلة تعتبر معرفة لخطاب الله تعالى كاشفة عن أحكامه لا مثبتة لها . . .

« المتعلق بأفعال المكلفين » هذا قيد لبيان الواقع إذ شأن الخطاب أن يكون متعلقا وتقييد التعلق بأنه تعلق بأفعال المكلفين هو لإخراج الخطاب المتعلق بغير أفعالهم ، كالخطاب المتعلق بذات الله تعالى مثل قوله جل وعلا « شهد الله أنه لا إله إلا هو[1] » وقوله « الله خالق كل شيء »[2] .

---

(١) الآية رقم ١٨ من سورة آل عمران .

(٢) الآية رقم ٦٢ من سورة الزمر .

ويخرج أيضا الخطاب المتعلق بالجمادات مثل قوله تعالى « ويوم نسير الجبال »[1] وقوله تعالى : « وقيل يا أرض ابلعي ماءك ويا سماء أقلعي »[2] .

«والمكلفون» جمع «مكلف» وهو البالغ العاقل الذي بلغته الدعوة الإسلامية — والمراد بالفعل الذي تعلق به الخطاب هو الفعل الذي يدخل تحت قدرة المكلف ويتمكن من تحصيله قلبيا كان أو غير قلبي . . .

« الاقتضاء والتخيير » والمراد بالاقتضاء هنا أي الطلب ، سواء كان طلب فعل الشيء ، أو طلب الكف عن الشيء ، وعلى كل فهو يشمل الطلب الجازم ، وغير الجازم — والمراد «بالتخيير» هو التسوية بين الفعل والترك ، أي تخيير المخاطب بين أن يفعل أو ألا يفعل ، وتقييد الخطاب بكونه اقتضا أو تخييرا هو احتراز عن خطاب الله تعالى غير المتعلق بالطلب أو التخيير كقوله تعالى : « والله خلقكم وما تعملون » فهو إخبار بأن أعمال العباد كلها مخلوقة لله جلا وعلا .

الوضع : المراد من لفظ « وضعا » الوارد في تعريف الحكم الشرعي هو «الجعل» على نحو خاص ومعنى خطاب الله تعالى بوضع الشيء كذا أي جعل الشارع الشيء سببا لشيء آخر ، أو شرطا له ، أو مانعا الخ .. أي ربط الحكم بأمرين كجعل الوراثة مرتبطة بوفاة المورث فتكون وفاة المورث سببا لوراثة آخر ، وكاشتراط الوضوء لصحة الصلاة ، وكجعل الشارع القتل مرتبطا بالمنع من الميراث فكل ما جعله الشارع ارتباطا بين أمرين يسمى بالحكم الوضعي .

تعريف آخر للحكم : عرف الآمدي الحكم بأنه خطاب الشارع بفائدة شرعية تختص به أي لا تفهم إلا منه[3] .

---

(١) الآية رقم ٤٧ من سورة الكهف

(٢) الآية رقم ٤٤ من سورة هود .

(٣) راجع اعتراضات المعتزلة على تعريف الحكم التكليفي بما ذكر في =

أنواع الحكم عند الأصوليين

الحكم عند الأصوليين ينقسم إلى قسمين هما :

١ — الحكم التكليفى .

٢ — الحكم الوضعى .

وجه انحصار الحكم فى هذين القسمين : ووجه انحصار الحكم الشرعى فى الحكم التكليفى والحكم الوضعى عند الأصوليين هو أن تحديد الحكم الشرعى بأنه خطاب الله المتعلق بفعل المكلفين إما أن يتعلق به على جهة الطلب أو التخيير أو يتعلق به على جهة الوضع أى الجعل، ومن هذا التحديد الذى ذكره الأصوليون للحكم نرى أن الحكم قد يكون بالتكليف بالفعل أو الترك واصطلح على تسمية هذا النوع بالحكم التكليفى — كما اصطلح على تسمية الحكم المتعلق بفعل المكلف من جهة الوضع أى الجعل بالحكم الوضعى .

الحكم التكليفى : الحكم التكليفى هو خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين من جهة اقتضائه طلب فعل أو طلب ترك للفعل سواء أكان الطلب فيهما على وجه الجزم أم على غير وجه الجزم — أو تخيير المكلفين بين الفعل والترك لأمر من الأمور.

فمثال الخطاب المقتضى طلب فعل الشىء طلباً جازماً قوله تعالى (أقيموا الصلاة وآتوا الزكاة)[1] فهذا الخطاب يتضمن إيجاب الصلاة وإيجاب الزكاة على سبيل الإلزام .

= نهاية السول شرح منهاج الوصول ج ١ ص ٤٢ — ٤٦ . فقد ذكر الأسنوى هذه الاعتراضات . وراجع شرح العضد ج ١ ص ٢٢٢ — ٢٢٣ .

(١) سورة البقرة آية ٤٣ .

ومثال طلب الفعل لاعلى سبيل الإلزام قول الله تعالى: «يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه»(١):

فهذا الخطاب من الله تعالى يتضمن طلب كتابة الدين على سبيل الندب.

ومثال ما اقتضى طلب الكف عن الفعل على وجه الإلزام قوله تعالى: «حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير(٢)».

فهذا الخطاب من الله تعالى يتضمن أو يقتضى تحريم كل ماذكر فيه، وسمى طلب الفعل أو طلب تركه حكماً تكليفيا لأن الظاهر فى ذلك فيه معنى التكليف.

ومثال طلب الكف عن الفعل لاعلى سبيل الإلزام قوله تعالى: «ياأيها الذين آمنوا لاتسألوا عن أشياء إن تبد لكم تسؤكم»(٣). فهذا الخطاب يقتضى كراهة السؤال.

ومثال ما اقتضى تخيير المكلف بين الفعل أو الكف عنه أو التسوية بين الفعل والترك قوله تعالى: «وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود من الفجر ثم أتموا الصيام إلى الليل». (٤)وقوله تعالى: «وإذا حللتم فاصطادوا»(٥).

فالخطاب المذكور فى النصين السابقين يقتضى الإباحة.

وتسمية ماخير المكلف فيه بين الفعل أو الترك بالحكم التكليفى هى تسمية

---

(١) سورة البقرة آية رقم ٢٨٢.
(٢) الآية رقم ٣ من سورة المائدة.
(٣) الآية رقم ١٠١ من سور المائدة.
(٤) الآية رقم ١٧٨ من سورة البقرة.
(٥) الآية رقم ٢ من سورة المائدة.

من قبيل التغليب فقط لأن وجه تسمية الإباحة حكماً تكليفياً غير ظاهر طالما الأمر فيه تخيير وليس فيه إلزام وجزم .

تعريف الحكم الشرعى عند الفقهاء :

يرى الفقهاء أن الحكم هو الأثر المترتب على خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين على جهة الطلب أو التخيير أو الوضع .

الفرق بين رأى الأصوليين والفقهاء :

أطلق الأصوليون الحكم على الخطاب الذى أصدره الشارع طالباً به من المكلف فعل أمر من الأمور أو الكف عنه أو مخيراً له بين أن يفعل وألا يفعل أو جاعلا شيئاً سبباً أو شرطاً أو مانعاً أو صحيحاً أو فاسداً فنحو قوله تعالى « أقيموا الصلاة » وقوله « ولاتقربوا الزنا » وقوله « ياأيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه » وقوله « وإذا حللتم فاصطادوا » وقوله « أقم الصلاة لدلوك الشمس » وقوله « يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا وجوهكم » وقوله صلى الله عليه وسلم (لا يرث القاتل) — كل هذه النصوص وما ماثلها هى أحكام عند الأصوليين .

أما عند الفقهاء فالحكم الشرعى هو أثر ذلك الخطاب الذى هو وجوب الصلاة والحرمة للزنا والارشاد لكتابة الدين والاباحة للصيد بعد الاحلال وسببية الدلوك لوجوب الصلاة وشرطية الطهارة لصحتها ومانعية القتل من الإرث .

ويلاحظ أن الخلاف بين الأصوليين والفقهاء فى تحديد مايطلق عليه أنه حكم شرعى ليس لهذا الخلاف أثر عملى نظراً للتلازم بين الحكم فى اصطلاح الاصوليين وبين الحكم فى اصطلاح الفقهاء وإن كان رأى الفقهاء يظهر واضحاً فيما يسمى بالحكم الشرعى وبين دليله الذى ثبت به .

أما الأصوليون فإنهم لا يرون فرقا بين دليل الحكم والحكم .

فالحكم عندهم هو نفس النصوص الشرعية وهذه بعينها هى أدلة الأحكام الشرعية وإن كان ذلك باعتبارين مختلفين فالنصوص حكم باعتبار ذاتها أنها كلام الله تعالى الوارد على جهة الاقتضاء المتعلق بأفعال المكلفين على جهة الاقتضاء أو التخيير أو الوضع . وهذه النصوص باعتبار تضمنها بالحكم الذى هو الايجاب أو التحريم أو الإباحة أو غيرها هى دليل على الحكم (١) .

تعريف آخر للحكم اختاره الإمام القرافى : قال القرافى « والحق أن نقول فى الحد : « الحكم الشرعى هو كلام الله القديم المتعلق بأفعال المكلفين على وجه الاقتضاء أو التخيير أو مايوجب ثبوت الحكم أو انتفاءه . فما يوجب ثبوت الحكم هو الأسباب وما يوجب انتفاءه هو الشرط بعدمه أو المانع بوجوده ، فيجتمع فى الحد (أو) ثلاث مرات ، وحينئذ يستقيم ويجمع جميع الأحكام الشرعية . وهذا هو الذى أختاره »(٢) .

---

(١) راجع شرح العضد لمختصر المنتهى تأليف ابن الحاجب المالكى المتوفى ٦٤٦ هـ وحاشية العلامة سعد الدين التفتازانى المتوفى سنة ٧٩١ هـ وحاشية الجرجانى المتوفى ٨١٦ هـ وحاشية الشيخ حسن الهروى جـ ١ ص ٢٢٥ — ٢٢٧ مراجعة وتصحيح الدكتور شعبان محمد إسماعيل لنشر « مكتبة الكليات الازهرية » .

(٢) حاشية التفتازانى جـ ١ صـ ٢٢٤ — ٢٢٦ للعلامة سعد الدين التفتازانى الناشر « مكتبة الكليات الأزهرية » .

أقسام الحكم التكليفى

رأى جمهور الأصوليين . قسم الجمهور الحكم إلى خمسة أقسام هى :

الإيجاب أو (الوجوب على رأى البيضاوى) والندب ، والتحريم ، والكراهة والإباحة .

وبعض آخر قسمه إلى أربعة أقسام هى الإيجاب أو (الوجوب) والندب والتحريم ، والكراهة .

وقسمه بعض آخر إلى قسمين هما التحريم والإباحة :

قال العلامة سعد الدين التفتازانى : والحكم إما طلب أو غير طلب أما الطلب فانما يكون لفعل لأنه المقدور دون عدم الفعل وسيأتى ـ والفعل إما كف أو غير كف . وعلى التقديرين لابد وأن ينتهض الإتيان به سببا للثواب لأنه طاعة ، وإما تركه فى جميع وقته فقد ينتهض سببا للعقاب وقد لا ينتهض ، فهذه أربعة أقسام :

فإن كان طلبا لفعل غير كف ينتهض تركه فى جميع وقته سببا للعقاب فوجوب ، وإن انتهض فعله خاصة سببا للثواب فندب .

وإن كان طلبا للكف عن فعل ينتهض ذلك الفعل سببا للعقاب فتحريم وإن انتهض الكف خاصة سببا للثواب فكراهة .

وأما غير الطلب فان كان تخييرا بين الفعل والكف عنه فاباحة ، وإلا فوضعى[1].

وقال الإمام القرافى : واختلف فى أقسامه فقيل خمسة: الوجوب ، والتحريم والندب ، والكراهة ، والإباحة .

---

(١) راجع تنقيح الفصول فى اختصار المحصول فى الأصول للامام الكبير شهاب الدين أبو العباس احمد بن إدريس القرافى المتوفى ٦٨٤ هـ ص ٧٠ — ٧٢ تحقيق الأستاذ طه عبد الرءوف سعد (نشر مكتبة الكليات الازهرية) .

وقيل أربعة : والمباح ليس من الشرع . وقيل : اثنان التحريم والإباحة وفسرت بجواز الإقدام الذى يشمل الوجوب ، والندب ، والكراهة ، والإباحة وعليه يتخرج قوله عليه السلام « أبغض الحلال إلى الله تعالى الطلاق » . فان البغضة تقتضى رجحان الترك ، والرجحان مع التساوى محال .

والقول الأول الذى أدخل الاباحة ضمن أقسام الحكم التكليفى هو القول المشهور .

قال القرافى : ومنشأ الخلاف فى أن المباح هل من الشرع أم لا لاختلافهم فى تفسير المباح ، فمن فسره بنفى الحرج ونفى الحرج ثابت قبل الشرع قال إن المباح لايكون من الشرع .

ومن فسره بالإعلام بنفى الحرج والإعلام به إنما يعلم من قبل الشرع فيكون المباح من الشرع . وتفسير الاباحة بنفى الحرج مطلقا حتى يندرج فيها الوجوب والمكروه هو اصطلاح المتقدمين وبه وردت السنة فى الحديث المتقدم وتفسير الإباحة باستواء الطرفين هو اصطلاح المتأخرين .

رأى الحنفية : قسم الحنفية الحكم التكليفى إلى سبعة أقسام .

وفيما يلى تفصيل لما سبق . . .

رأى الجمهور : يرى جمهور الأصوليين أن الحكم التكليفى ينقسم إلى :

١ — الايجاب : وهو خطاب الله تعالى المتعلق بطلب الفعل على جهة الجزم والتحتم كالخطاب المتعلق بطلب الصلاة المدلول عليه بقوله تعالى(أقيموا الصلاة)

٢ — الندب : الندب هو خطاب الله تعالى المتعلق بطلب الفعل طلبا غير جازم كالخطاب المتعلق بطلب السيد مكاتبة عبده المدلول عليه بقوله تعالى (فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا) .

والصارف فى الخطاب المذكور عن كونه طلبا جازما متحتما ، هو كون السيد حرا فى ماله .

ومثال هذا الطلب أيضا قوله تعالى : (ياأيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين

إلى أجل مسمى[١] فاكتبوه) والصارف للطلب الوارد فى هذه الآية عن كونه طلبا على جهة الجزم والتحتم قوله تعالى : (فإن أمن بعضكم بعضا فليؤد الذى أؤتمن أمانته)[٢]

ووجه الدلالة هنا هو أنه قد أبيح ترك الكتابة عند وجود الائتمان فلم يكن الطلب لذلك جازما .

٣ — التحريم : التحريم هو خطاب الله المتعلق بطلب الكف عن الفعل على جهة الجزم والتحتم . مثل الخطاب المتعلق بطلب الكف عن الزنا المدلول عليه بقوله تعالى (ولا تقربوا الزنا)[٣] والمتعلق بالكف عن أكل مال اليتيم المدلول عليه بقوله تعالى (ولا تقربوا مال اليتيم)[٤]

٤ — الكراهة : هى خطاب الله المتعلق بطلب الكف عن الفعل طلبا غير جازم ، ويستفاد غير الجزم فى الطلب من القرائن التى صرفته من التحريم إلى الكراهة ، وذلك مثل الخطاب المتعلق بطلب كف من دخل المسجد عن الجلوس حتى يصلى ركعتين المدلول عليه بقوله صلى الله عليه وسلم (إذا دخل أحدكم المسجد فلا يجلس حتى يصلى ركعتين) متفق عليه[٥]

٥ — الاباحة : الاباحة هى الخطاب الذى خير الشارع فيه المكلف بين الفعل أو الترك وذلك كالخطاب المتعلق بإباحة الاصطياد ، بعد التحلل من الحج المدلول عليه بقوله تعالى (وإذا حللتم فاصطادوا) .

---

(١) الآية رقم ٢٨٣ من سورة البقرة .
(٢) الآية رقم ٢٨٣ من سورة البقرة .
(٣) الآية رقم ٣٢ من سورة الاسراء
(٤) الآية رقم١٥٢ من سورة الانعام
(٥) سبل السلام جـ ١ ص ٢٥٥ .

رأى الحنفية : قسم الحنفية الحكم التكليفى إلى سبعة أقسام وهى :

١ — الفرض : وهو خطاب الله تعالى المتعلق بطلب الفعل على جهة الجزم والحتم وكان الدليل المفيد لذلك دليلا قطعيا بأن كان قرآنا أو سنة متواترة كطلب قراءة ماتيسر من القرآن فى الصلاة(١)

٢ — الواجب : هو خطاب الله تعالى المتعلق بطلب الفعل على جهة الجزم وكان الطلب بدليل ظنى بأن كان خبرا غير متواتر ، أو كان قياسا ـ وذلك كوجوب قراءة الفاتحة فى الصلاة لا فرضيتها عند الحنفية لأن قراءتها ثبتت بالسنة من قول النبى صلى الله عليه وسلم « لاصلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب »(٢). فلو ترك المصلى قراءة الفاتحة فى صلاته لا تبطل صلاته بل تكون صحيحة مع الكراهة .

فقراءة الفاتحة إيجاب لا فرضية لأنها ثبتت بخبر الواحد وخبر الواحد يفيد الظن وهو دون ماثبت به قراءة ماتيسر من القرآن ، لأنه دليل قطعى متواتر وهو الكتاب الكريم .

مثال آخر : يرى الحنفية أن الزكاة فرض . لأن فرضيتها ثبتت بالدليل القاطع وهو القرآن الكريم ، وزكاة الفطر واجبة ، لأن إيجابها ثبت بأخبار الآحاد .

مثال ثالث : يرى الحنفية أن الصلوات الخمس ، فرض ، لثبوت فرضيتها بالقرآن الكريم والسنة المتواترة . أما صلاة الوتر فهى واجبة عند أبى حنيفة لثبوت إيجابها بخبر الواحد .

٣ — الندب : وهو خطاب الله تعالى المتعلق بطلب الفعل طالبا غير جازم.

---

(١) فالخطاب المتعلق بطلب القراءة فى الصلاة مداول عليه بقوله تعالى (فاقرأوا ماتيسر من القرآن) سورة المزمل آية رقم ٢٠ .

(١) سبل السلام جـ ١ ص ٢٧٣ .

التحريم : وهو خطاب الله تعالى المتعلق بطلب الكف عن الفعل على جهة الجزم والتحتم وكان خطاب الله الوارد فى ذلك قرآنا أو سنة متواترة كالخطاب المتعلق بطلب الكف عن الزنا المدلول عليه بقوله تعالى : « ولا تقربوا الزنا » . فالخطاب قطعى الثبوت والدلالة هنا . وطلب الكف عن إيذاء الوالدين « ولا تقل لهما أف ولا تنهرهما » .

٦ — الكراهة التحريمية : كراهة التحريم عند الحنفية هى طلب الكف عن الفعل بدليل ظنى كطلب الكف من الرجال عن لبس الحرير والتختم بالذهب المستفاد من قوله صلى الله عليه وسلم الذى رواه عنه أبو موسى رضى الله عنه وهو أنه قال « أحل الذهب والحرير لاناث أمتى ، وحرم على ذكورها » . رواه احمد والنسائى وصححه[1]

٦ — الكراهة التنزيهية : كراهة التنزيه عند الحنفية هى طلب الشارع الكف عن الفعل طلبا غير جازم ، وذلك كالنهى عن أكل لحوم الخيل ، وشرب ألبانها ، والوضوء من سؤر سباع الطير .

٧ — الإباحة : هى التى لم يطلب الشارع فعلها ولا الكف عنها — والمباح هو مالا يمدح ولا يذم فاعله ويعرف المباح بالنص على نفى الحرج ، والإثم أو الجناح ، كما قد تكون باستصحاب الأصل كقوله تعالى (ليس على الأعمى حرج) وقوله تعالى « فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه » ، وقوله « فلا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء » .

وعلى هذا تكون الأحكام التكليفية عند الحنفية سبعة هى الفرض والإيجاب والندب والتحريم وكراهة التحريم وكراهة التنزيه ، والإباحة .

أقسام الحكم التكليفى عند جمهور الفقهاء : ينقسم فعل المكلف الذى تعلق به الخطاب إلى ما يلى :

---

(١) سبل السلام جـ ٢ صـ ١٤٢

١ — الواجب عند غير الحنفية وهو الفعل الذى طلبه الشارع من المكلف طلبا جازما كحج بيت الله الحرام لمن استطاع اليه سبيلا المدلول على طلبه بقوله تعالى « ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا » .

٢ — المندوب : المندوب هو الفعل الذى طلبه الشارع طلبا غير جازم وذلك كالكتابة عند المداينة المدلول على طلبها بقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه » والمصروف هذا الطلب إلى الطلب غير الجازم بقرينة قوله تعالى « فإن أمن بعضكم بعضا فليؤد الذى أؤتمن أمانته »

٣ — والمحرم : وهو الفعل الذى طلب الشارع من المكلف الكف عنه طلبا جازما وذلك كقتل النفس بغير حق ، المدلول على طلب الكف عنه طلبا جازما بقوله تعالى « ولا تقتلوا النفس التى حرم الله إلا بالحق » .

٤ — المكروه : وهو الفعل الذى طلب الشارع من المكلف الكف عنه طلبا غير جازم وذلك كجلوس من دخل المسجد قبل أن يصلى ركعتين ، المدلول عليه بقوله صلى الله عليه وسلم « إذا دخل أحدكم المسجد فلا يجلس حتى يصلى ركعتين » .

٤ — المباح : والمباح هو الفعل الذى خير الشارع المكلف بين الإتيان به وعدم الإتيان وذلك كالأكل من طعام أهل الكتاب المدلول على إباحته بقوله تعالى « وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم »

وبناء على اصطلاح الحنفية يكون تقسيم الحكم التكليفى إلى ما يلى :

١ — الفرض : هو الفعل الذى طلبه الشارع طلبا جازما بدليل قطعى لا شبهة فيه .

٢ - الواجب : هو الفعل الذى طلبه الشارع من المكلف إتيانه طلبا جازما بدليل ظنى .

٣ – المكروه تنزيها هو الفعل الذى طلب الشارع من المكلف الكف عنه طلبا غير جازم .

٤ – المكروه تحريما : هو الفعل الذى طلب الشارع من المكلف الكف عنه طلبا جازما بدليل ظنى .

٥ – المحرم : هو الفعل الذى طلب الشارع من المكلف الكف عنه طلبا جازما بدليل قطعى .

٦ – المندوب : هو الفعل الذى طلبه الشارع طلبا غير جازم .

٧ – المباح : هو الفعل الذى خير الشارع المكلف بين الإتيان به وعدم الإتيان .

تنبيه

وافق الأئمة الآخرون على تقسيم الطلب الجازم إلى فرض وإيجاب فى الحج لكن ليس باعتبار الطريق الذى علمنا به الخطاب كما فعل الحنفية من أنه لو كان الطريق يفيد العلم كالتواتر كان الطلب فرضا ، وإن كان يفيد الظن كأخبار الآحاد كان الطلب إيجابا – لكن الجمهور وافق على تقسيم الطلب الجازم إلى فرض وإيجاب فى الحج فقط باعتبار ماروى عن الشارع فى بعض أفعال الحج من أن تركها مفسد للحج فسميت لذلك أركانا – وفى بعضها الآخر إن تركها الحاج فهو غير مفسد للحج ويجبر بدم فسميت لذلك واجبات ، والناس كلهم فى ذلك سواء . . .

وفيما يلى توضيح هذه الأحكام التكليفية بالتفصيل :

الواجب

الواجب ويرادفه الفرض عند الجمهور وهو مايذم شرعا تاركه من غير عذر ويزاد بعضهم ، قيدا آخر على التعريف فقال . الواجب هو مايذم شرعا تاركه من غير عذر ، ويثاب فاعله . فتارك الصلاة مذموم شرعا ، وفاعلها يثاب وهكذا كل من ترك أمرا طلبه الشارع طلبا جازما على وجه الحتم والإلزام يكون مذموما وفاعله مثابا — وقد عرف الغزالى الواجب بأنه ما أشعر بالعقوبة على تركه — والمراد بقوله « أشعر » أى عرف بدلالة من خطاب صريح أو قرينة او معنى مستنبط أو فعل أو إشارة ومعنى ذلك أنه سبب للعقاب فى الآخرة وجواز العفو لا يمنع السببية لأن العفو يعتبر مانعا من تأثير السبب ، إذ أن تأثيره مشروط بعدم وجود المانع .

أقسام الواجب : الواجب الذى يرادف الفرض عند الجمهور سواء منه ما كان دليله قطعيا أو ما كان دليله ظنيا ينقسم إلى عدة تقاسيم باعتبارات مختلفة توضحها فى المسائل الآتية .

التقسيم الأول . الواجب باعتبار وقت وزمن أدائه ينقسم إلى : واجب مطلق وواجب مقيد .

الواجب المطلق : الواجب المطلق هو مالم يقيده الشارع بوقت محدد من العمر كالكفارات والنذر المطلق .

الواجب المقيد : الواجب المقيد هو ماقيده الشارع بوقت محدود كالصلاة وصوم رمضان ويقال للواجب المقيد « الواجب المؤقت » ، وهو ثلاثة انواع : —

١ — موسع ٢ — مضيق — ٣ — ذو شبهين .

النوع الأول . الواجب الموسع وهو ما يتسع وقته لأدائه ، وأداء غيره من جنسه المحدد له ، مثل وقت الظهر فانه يتسع لأداء صلاته، وأداء غيرها معه من نافلة ،أو صلاة منذورة ، أو قضاء ، لأن صلاة الظهر : لاتأخذ إلا زمنا قليلا من الوقت الذي حدده الشارع لأدائها فيه ويسمى الحنفية هذا الوقت الموسع ظرفا .

وقد اتفق الفقهاء على أن هذا الوقت سبب لوجوب الواجب فيه أي علامة عليه ، وشرط لصحته ، فلا يجب قبل دخوله ،ولا يصح بعد خروجه إلا قضاء كما لا يصح التعجيل به .

واتفق الفقهاء أيضا على جواز فعل الواجب الموسع في أي ساعة شاء المكلف من الوقت ، وأنه لابد من نية الواجب .

واختلف الفقهاء في جزء الوقت الذي يكون سببا للايجاب أي علامة على توجه خطاب الشارع للمكلف على التفصيل التالي :

رأي الجمهور: قال جمهور الفقهاء: إن أول أجزاء الوقت هو السبب ، فمتى وجد السبب صار المكلف مطالبا بالفعل ، ومخيرا بالأداء في جميع أجزاء الوقت مالم يوجد المانع كحيض ، أو جنون ، فان زال المانع في الوقت ، وجد السبب من وقت زوال المانع .

فاذا استغرق المانع جميع أجزاء الوقت لم يتوجه الخطاب إلى المكلف ولم يوجد وجوب .

الدليل : استدل الجمهور على أن الجزء الأول هو العلامة لتوجه الخطاب بقوله تعالى « أقم الصلاة لدلوك الشمس » .

وجه الاستدلال : ووجه الدلالة في الآية هو أن الله تعالى قد جعل الدلوك علامة على توجه الخطاب إلى المكلف في قوله « أقم الصلاة » ، وجاءت السنة فبينت أوائل الأوقات وأواخرها فدل ذلك على التوسيع على المكلف .

ويتنتج عن هذا الأصل أن المكلف متى صادفه جزء من الوقت خلا فيه من

موانع التكليف استقر الواجب فى ذمته ، وإذا لم يكن فلا وجوب .

وهكذا يكون كل الزمن فى نظر الجمهور فى الوقت الموسع موضع تكليف ، ولا يرتفع التكليف إلا بالأداء ولهذا لو نام المكلف أوسها أو وجد عنده المانع من حيض أو نفاس بعد أن مضى من الوقت مايسع فعل الواجب ، واستمر المانع إلى أن خرج الوقت فانه يجب عليه القضاء لانشغال ذمته بهذا الواجب . حيث توجه إليه الخطاب من الشارع فى جزء الوقت الذى كان سببا للايجاب .

رأى الحنفية : قالت الحنفية : إن سبب الايجاب هو الجزء الذى يتصل به الأداء من الوقت (لأنه لو تعين الأداء فى أول الوقت لما جاز تركه وهذا يعارضه : الاجماع على جواز الترك) .

وقال الحنفية : إن سبب الإيجاب هو الجزء الذى يتصل به الاداء من الوقت فإن لم يؤد انتقلت السببية إلى الجزء الذى يليه إذا اتصل به الاداء وهكذا إلى أن يبقى من الوقت مايسع أداء الواجب فقط فيتعين هذا الجزء للسببية وبعد خروج الوقت تضاف السببية إلى جملة الوقت .

والذى دعا الحنفية إلى تشكيل الاصل بهذا الشكل فروع مذهبية منها مايلى :

١ — الشخص لو كان مكلفا أول الوقت ثم وجد مانع التكليف فى أثنائه واستمر إلى آخره لم يجب الفعل كأن حاضت المرأة أو نفست أثناء الوقت فلو جعل سبب الطلب هو الجزء الاول لكان الواجب قد استقر فى ذمتها ، ولا تتفرغ الذمة إلا بفعل الواجب أداء أو قضاء .

٢ ـ الشخص إذا لم يكن مكلفا أول الوقت ثم زال المانع عنه فى آخره استقر الفعل فى ذمته فعليه إما أداؤه أو قضاؤه كأن كان صبيا فى أول الوقت ثم بلغ فى أثنائه أو فى آخره ولو كان الجزء الأول هو سبب وجوب الاداء ماوجب عليه شىء منها .

٣ ـ الإنسان يجوز له أن يؤدى عصر يومه فى الوقت الناقص وهو وقت تغير الشمس ولا يجوز له أن يقضى فيه عصر أمسه ، ولو كان سبب وجوب الاداء

بعد فراغ الوقت هو آخر جزء منه لما منع من ذلك مانع لان الواجب حينئذ كأن يكون قد وجب ناقصا لنقصان سببه فيقضى فى الوقت الناقص .

ولهذا لكى يكون الاصل منطبقا على هذه الفروع قال الحنفية : ان السبب فى وجوب الاداء هو الجزء الاول إن اتصل به الاداء فان لم يؤد الواجب فى الجزء الاول انتقلت السببية إلى الجزء الذى يليه إذا اتصل به الاداء وهكذا إلى أن يبقى من الوقت مايسعه فيتعين هذا الجزء للسببية فان خرج الوقت ولم يؤد الواجب أضيفت السببية إلى جملة الوقت .

رأى الكمال بن الهمام تشيع الكمال بن الهمام إلى ماذهب اليه الجمهور فى سبب الإيجاب فقال منتقدا رأى الحنفية : إن ماقالوه لايسلب عن أول أجزاء الوقت السببية أصلا وأن قولهم هذا لا يتفق مع آية « أقم الصلاة لدلوك الشمس » فان الذى جعل الدلوك علامة له هو توجه أقم الصلاة إلى المكلف ، وهذا بدون ريب طلب ، فالدلوك علامة الطلب وأثره وجوب الأداء ، واشتغال ذمة المكلف ، وبينت السنة أن الاداء على التوسع لا على الفور (١) .

النوع الثانى الواجب المضيق ويقال له « المساوى » وهو مالايسع شيئا آخر من جنس الواجب ، كرمضان فإنه لايسع غير صوم رمضان الذى فرضه الله علينا ، فلايسع معه شغله بغير الصوم المفروض فيه ويسمى لذلك واجبا مضيقا ويسميه الحنفية « معيارا » — ولايجوز ان يؤدى فيه غير ماعين الشارع فعله فيه .

فروع : فرع الحنفية على رايهم فى أن الواجب فى الوقت الموسع سببه وجوب الأداء هو الجزء الذى يتصل به الأداء من الوقت فإن لم يؤد انتقلت السببية إلى الجزء الذى يليه إذا اتصل به الأداء وهكذا إلى أن يبقى من الوقت مايسعه فيتعين هذا الجزء للسببية فرعوا على ذلك أن المرأة لوحاضت أو نفست بعد إن مضى عليها من الوقت مايسع فعل الواجب ولم تؤده : فلا قضاء عليها ، ولأن

---

(١) راجع التقرير والتحبير ح ٢ ص ١١٩ — ١٢٣

ذمتها لم تشغل به (١) .

كما فرعوا على نظريتهم فى الواجب المضيق أنه لو حصل الصوم فى شهر رمضان بنية الصوم فى أيام هذا الشهر انصرف الصوم إلى اداء فرض صوم رمضان سواء نوى ذلك الصائم أو نوى غيره ، أوأطلق .

وقال الحنفية : إن الجهة تلغى فى نية المباين فيبقى الصوم المطلق وبه يصاب الصوم المفروض .

وخالف جمهور الفقهاء الحنفية فى ذلك فاشترطوا نية التعيين لأن الفى شرعية غير الصوم المعين فى رمضان إنما يوجب عدم صحة ذلك الغير فيه إذانواه، وعدم صحته لايلزم منه وجود نية مايصح فيه ، والصائم يعلن انه لم يرد فلوثبت وقوع صومه عن رمضان ثبت جبرا عنه ، وهذا يبطل الفرض لأنه يلزم فى صحته الاختيار .

النوع الثالث : الواجب ذو الشبهين — الواجب ذو الشبهين هو ما كان وقته موسعا من جهة أنه يسع غيره ، ومضيقا من جهة انه لايسع غيره من جنسه معه كالحج فان وقته وهو شوال وذو القعدة وعشر من ذى الحجة لا يسع غير الحج باعتبار أن المكلف لايؤدى فى العام إلا حجا واحدا فهو يشبه المعيار ولذلك كان مضيقا .

وهو موسع من جهة أن مناسك الحج وأعماله لاتستغرق كل أشهره بل تتسع لأعمال كأعمال الحج ولكن الشارع يريد أن تكون هذه الأعمال فى وقت معين من أشهر الحج وبعض أركانه لايكون إلا فى يوم معلوم وهو الوقوف بعرفة من بعد زوال شمس يوم التاسع من شهر ذى الحجة - وأن مناسك الحج لها أوقات معلومة فلا بد من أدائها فى وقتها وهو لذلك يشبه الواجب المضيق والظرف.

---

(١) كما يتفرع على الواجب الموسع ان الحنفية يرون أن الواجب فى الوقت الموسع لابد من تعيينه بالنية حين أدائه فى وقته ، فان لم يعينه بالنية فانه لايتعين فاذا صلى المكلف الظهر مثلا فلابد أن ينوى بصلاته أداء واجب الظهر ، فان نوى بصلاته أن تكون نافلة ، أوقضاء ، أو نذرا : انصرفت صلاته إلى مانواه ولاتصح عن صلاة الوقت إلا بالنية المعينة لذلك ، لأن الوقت موسع : يسع صلاة الوقت وغيرها من جنسها .

ويتفرع على التقسيم الأخير أن الحج إن نواه مطلقا غير معين انصرف إلى الحج المفروض عليه لشبهه بالواجب المضيق ، وإن نواه نفلا ، أو نذرا انصرف إلى مانواه لشبهه بالواجب الموسع .

الأداء ــ القضاء ــ الإعادة

الواجب المقيد أو المؤقت إما أن يكون فعل المكلف له : أداء وإما قضاء وإما إعادة . وبيان ذلك فيما يلى :

الأداء : هو فعل الواجب مستوفيا أركانه ، وشروطه فى وقته المقدر له شرعا . من غير أن يسبق بأداء كامل : كصلاة الظهر فى وقتها .

رأى الحنفية : قسم الحنفية الأداء إلى كامل ، وقاصر ، وأداء فى معنى القضاء .

فالأداء الكامل فى العبادة هو أن يؤدى المطلوب مستجمعا الأوصاف الشرعية كالصلاة جماعة .

الأداء القاصر : أما الأداء القاصر فهو أن يؤدى المطلوب غـــير مستجمع للأوصاف الشرعية كأن يصلى منفردا .

الأداء فى معنى القضاء : الأداء الذى هو فى معنى القضاء مثل له الحنفية بمن دخل مع الإمام فى صلاته ثم فاته الإمام لسبب من الأسباب كنوم وسبق حدث فإذا فعل مافاته بعد فراغ الإمام فهو أداء فى معنى القضاء . أما كونه أداء فلأنه فعل فى الوقت . وأما كونه فى معنى القضاء فباعتبار فواته مع الإمام بسبب فراغ الإمام .

وقال الحنفية : إن من دخل مع الإمام فى صلاته ثم فاته الإمام لسبب من الأسباب كنوم أو سبق حدث أنه إذا فعل مافاته فانه لايقرأ فيه ولا يسجد إذا سها .

الأداء الكامل فى حقوق العباد : مثاله رد عين المغصوب على الوجه الذى غصب عليه

ومثال الاداء القاصر رد المغصوب مشغولا بجناية تستحق بها رقبته أوطرفه أو مشغولا بدين بسبب استهلاكه مال إنسان فى يده .

ومثال الأداء الذى يشبه القضاء فى حقوق العباد ما إذا سمى لامرأة عبدا مملوكا لغيره حين التسمية ، وبعد التسمية اشتراه وسلمه لها فإن هذا أداء لكونه عين ما وجب عليه ، ولذا تجبر المرأة على استلامه إذا امتنعت عن استلامه ، وهو يشبه القضاء لأن الزوج بعد شرائه للعبد انتقل ملكه إليه لا إلى الزوجة ولذا ينفذ فيه عتقه ولا ينفذ العتق منها وتبدل الملك بمنزلة تبدل العين .

أقسام القضاء : قسم الحنفية القضاء إلى قضاء بمثل معقول ، وبمثل غير معقول وقضاء يشبه الأداء وبيان هذه الأقسام عند الحنفية فيما يلى :

١ — القضاء بمثل معقول : مثل الحنفية للقضاء بمثل معقول فى العبادات بقضاء الصوم بالصوم ، والصلاة بالصلاة .

القضاء بمثل غير معقول فى حقوق العباد وكما يكون القضاء بمثل معقول فى العبادات يكون أيضا بمثل معقول فى حقوق العباد ومثاله ضمان المغصوب بالمثل أو بالقيمة وهى مثل فى المعنى .

القضاء بمثل غير معقول : المراد بعدم المعقولية هنا هو أن العقل لا يستقل بدرك المماثلة بين الأصل والخلف ـ والقضاء بمثل غير معقول قد يكون فى حقوق العباد . ومثاله فى العبادات : قضاء الصوم بالفدية عند العجز المستديم .

ومثاله فى حقوق العباد : ضمان النفس والأطراف بالمال فى القتل الخطأ وشبه العمد ، لأنه لا مماثلة بين النفس والأطراف وبين المال لا فى الصورة ولا فى المعنى

ب ـ القضاء الذى يشبه الأداء : القضاء الذى يشبه الأداء قد يكون فى العبادات وقد يكون فى حقوق العباد.

القضاء المشبه للأداء فى العبادات مثاله قضاء تكبيرات العيد فى الركوع إذا أدرك الإمام فيه وخاف أن يرفع رأسه منها لو اشتغل بها ، فإنه يكبر للافتتاح ثم للركوع ثم يأتى بتكبيرات العيد فيه وخالف فى ذلك أبو يوسف .

القضاء الذى يشبه الأداء فى حقوق العباد : مثاله إذا سمى الرجل لامرأة مهرا عبدا غير معين ثم أعطاها قيمته ـ فهذا قضاء المسمى يشبه الاداء ، ولشبهه بالاداء تجبر المرأة على أخذ القيمة إذا أبت وإنما كان ذلك الشبه من قبل أن القيمة تزاحم المسمى لأنها المعرف له لجهالته وصفا .

تنبيه : دليل وجوب القضاء هو دليل الاداء عند الحنفية لا الموجب للقضاء وهو خروج الوقت من غير الإتيان بالفعل فى العبادات .

وترى الجمهور أن القضاء للعبادات يجب بدليل مستقل ورد عن الشارع فى حالاته ، وما لم يرد فيه فدليل القضاء هو الاجماع عليه ، سواء كان الترك عمدا أو سهوا .

ولم يخالف فى ذلك غير الظاهرية الذين لم يوجبوا القضاء إلا على النائم أو الناسى لقول الرسول صلى الله عليه وسلم «من نام عن صلاة ، أو نسيها فليصلها إذا ذكرها».

وحجة الجمهور أن الشارع جعل الوقت علامة على توجه الخطاب إلى المكلف بإتيان الفعل وهو طلب الفعل مقيدا بالوقت لمصلحة فى ذلك ، ولعل فعل المطلوب بعد خروج الوقت ينافى تلك المصلحة ، فيحتاج القضاء إلى خطاب جديد بإتيان الفعل[1].

---

(١) حاشية السعد والعلامة العضد على مختصر المنتهى الاصولى لابن الحاجب ج ١ ص ٢٢٢ — ٢٣٠ .

حجة الحنفية: وقال الحنفية إن الخطاب الموجب للقضاء هو الخطاب الذى وجب به الاداء لان السبب علامة على اشتغال ذمة المكلف بالواجب فلا تتفرغ ذمته الا بفعل الواجب فإذا فعله فى الوقت فقد أدى ما طلب منه كما طلب وإن فات الوقت بقيت الذمة مشغولة فيجب تفريغها بالقضاء .

ورد الحنفية ما قاله الجمهور فقالوا : إنه لو كان وجوب القضاء محتاجا إلى أمر جديد لما وجب قضاء الصلاة المتروكة عمداً لوجود الدليل على وجوب القضاء لما ترك بسبب النوم والنسيان وهو قوله عليه السلام « من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها » ولم يوجد نص يطالب بقضاء المتروكة عمداً مع أن جمهور الفقهاء قد أجمعوا على وجوب قضاء الصلاة المتروكة عمداً عداً من شذ كابن حزم بعد انعقاد الإجماع — فدله ذلك على أن القضاء لا يحتاج الى خطاب جديد .

الرأى الراجح : يظهر لى أن الراجح هو رأى الجمهور لقوة دليلهم ، ولأن تفريع وجوب القضاء على أساس أن ذمة المكلف قد شغلت بالواجب بوجود سببه وهو الوقت هو أمر غير لازم ، وذلك لأن الذمة قد شغلت بأداء أمر معين وهو أداء الواجب فى وقته ، فاذا لم يفعل فات الوقت وحقت العقوبة إلا إذا دل الدليل على خلاف ذلك .

٣ — الإعادة الإعادة هى فعل الواجب ثانيا فى الوقت لعدم أداء الواجب أول الوقت على الوجه الاكمل : كإعادة الصلاة فى جماعة إذا كان قد سبق له الاداء منفردا أو كان قد صلى الصلاة الاولى فى وقتها بالتيمم لعدم وجود الماء ثم وجد الماء فى الوقت ، فتوضأ وصلى ثانيا ، فإن صلاته الثانية تكون إعادة .

فإن كان الأداء الأول مختلا غير صحيح لا تعتبر صلاته الثانية اعادة وانما تعتبر أداءا مبتدأ .

قال صاحب ارشاد الفحول : اختلفوا هل القضاء بأمر جديد أو بالأمر الأول وهذه المسئلة لها صورتان .

الصورة الأولى : هى صورة الأمر المقيد كما إذا قال افعل هذا فى هذا الوقت ولم يفعل حتى مضى فالأمر الأول هل يقتضى إيقاع ذلك الفعل فيما بعد ذلك الوقت فقيل لا يقتضى لوجهين !

الأول : ان قول القائل لغيره افعل هذا الفعل يوم الجمعة لا يتناول الأمر فعله فى غيره ، وإذا لم يتناوله لم يدل عليه بنفى ولا إثبات .

الثانى : أما الوجه الثانى فهو أن أوامر الشرع لا تستلزم وجوب القضاء كما فى صلاة الجمعة ، وتارة تستلزم وجوب القضاء . ومع الاحتمال لا يتم الاستدلال . فلا يلزم القضاء إلا بأمر جديد وإليه ذهب الجمهور .

وذهب جماعة من الحنابلة والحنفية والمعتزلة إلى أن وجوب القضاء يستلزمه الامر بالاداء فى الزمان المعين ، لان الزمان غير داخل فى الامر بالفعل .

رد هذا الرأى : وقد رد ما استدل به الحنفية ومن معهم فقيل لهم إن الزمان داخل فى الأمر بالأداء لكونه من ضروريات الفعل المعين وقته ، وإلا لزم أن يجوز التقديم على ذلك الوقت المعين واللازم باطل فالملزوم مثله[1] .

الصورة الثانية : الأمر المطلق وهو أن يقول : افعل ولا يقيده بزمان معين فإذا لم يفعل المكلف ذلك فى أول أوقات الإمكان فهل يجب فعله فيما بعد ، أو يحتاج إلى دليل ، فمن لم يقل ان الامر يقتضى الاتيان بالفور يقول إن ذلك الأمر المطلق يقتضى الفعل مطلقا ولا يخرج المكلف عن العهدة إلا بفعله .

ومن قال بالفور قال : إنه يقتضى الفعل بعد أول أوقات الإمكان وبه قال أبو بكر الرازى .

رأى آخر : ومن القائلين بالفور من يقول . إنه لا يقتضى الفعل بعد أول أوقات الإمكان بل لابد فى ذلك من دليل زائد[2] .

(١ ، ٢) إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول لمحمد بن على الشوكانى ص ١٠٦

منشأ الخلاف : قال فى المحصول . ومنشأ الخلاف أن قول القائل لغيره : افعل هل معناه : افعل فى الزمان الثانى ، فإن عصيت ففى الثالث ، فإن عصيت ففى الرابع ثم كذلك أبدا ؟ ؟ أو معناه : فى الثانى من غير بيان حال الزمان الثالث ، والرابع ؟ ؟ فإن قلنا بالأول اقتضى الأمر الأول الفعل فى سائر الأزمان ، وإن قلنا بالثانى لم يقتضه . والحق أن الأمر المطلق يقتضى الفعل من غير تقييد بزمان فلا يخرج المكلف عن عهدته إلا بفعله وهو أداء وإن طال التراخى ، لأن تعيين بعض أجزاء الوقت لادليل عليه واقتضاؤه الفور لا يستلزم أنه بعد أول أوقات الإمكان يكون الفعل قضاء بل غاية ما يستلزمه : أن يكون المكلف آثما بالتأخير عنه إلى وقت آخر[1] » .

أدلة الجمهور على أن القضاء لابد فيه من دليل جديد : قال الشوكانى : وقد استدل القائلون بأن الامر المقيد بوقت معين لا يقتضى إيقاع ذلك الفعل فى وقت آخر بأنه لو وجب القضاء بالأمر الاول لكان مقتضيا للقضاء ، واللازم باطل فالملزوم مثله ، أما الملازمة فبينة إذ الوجوب أخص من الاقتضاء ، وثبوت الأخص يستلزم ثبوت الاعم ، وأما انتفاء اللازم فلأنا قاطعون بأن قول القائل: صم يوم الخميس لا يقتضى يوم الجمعة بوجه من وجوه الاقتضاء ولا يتناوله أصلا ، كما استدل للجمهور أيضاً بأنه لو وجب القضاء بالامر الاول لاقتضاه ولو اقتضاه لكان أداء فيكونان سواء فلايأثم بالتأخير[2] .

أدلة المخالفين : وقال الشوكانى وقد أجيب عن هذين الدليلين بأن الامر المقيد بوقت أمر بإيقاع الفعل فى ذلك الوقت المعين فإذا فات قبل إيقاع الفعل فيه بقى الوجوب مع نقص فيه ، فكان إيقاعه فيما بعد قضاء — وكذلك فإن الوقت بالنسبة للمأمور به كالاجل للدين فكما أن الدين لا يسقط بترك تأديته فى أجله المعين بل يجب القضاء فيما بعده ، فكذلك المأمور به إذا لم يفعل فى وقته المعين .

كما استدلوا أيضاً بأنه لو وجب القضاء بأمر جديد لكان أداء لانه أمر بفعله بعد ذلك الوقت المعين فكان كالأمر بفعله ابتداء[3] .

(١ ، ٢ ، ٣) المصدر السابق ص ١٠٦ — ١٠٧ وانظر حاشية السعد على العضد فى هذا المقام .

رد هذه الأدلة : قال الشوكانى ويجاب عن هذا كله بأن ما استدل به أولا غير مسلم به لأننا نمنع بقاء الوجوب بعد انقضاء الوقت المعين للأداء .

أما ما استدلوا به ثانيا بأن هـذا قياس مع الفارق لأن هناك فرقا بين الدين المؤجل وأداء الواجب المقيد بزمن فقد انعقد الإجماع على عدم سقوط الدين إذا انقضى أجله ولم يؤده المدين ، كذلك يفرق بين أداء الواجب المقيد بزمن وبين أداء الدين بأن الدين يجوز تعجيله أى تقديمه على أجله المعين بالإجماع وليس الأمر كذلك بالنسبة لأداء الواجب المقيد بزمن إذ لا يجوز تعجيله بالإجماع . فبطل قياس قضاء الواجب المقيد على الدين المؤجل .

أما ما استدلوا به ثالثا فيجاب عنه بأنه لابد فى الأمر بالفعل بعد انقضاء ذلك الوقت من قرينة تدل على أنه يفعل استدراكا لما فات ، أما مع عدم القرينة الدالة على ذلك فما قالوه يلزم لكنه لا يضرنا ولا ينفعهم[1] .

---

(١) المصدر السابق .

التقسيم الثانى للواجب

ينقسم الواجب باعتبار من يجب عليه الأداء إلى قسمين هما :

١ ـ واجب عيني .

٢ ـ واجب كفائى .

القسم الأول :

الواجب العيني : هو ما يطلب الشارع به كل فرد من افراد المكلفين بعينه ، بحيث إذا تركه أثم ، واستحق الذم ، كالصلوات الخمس ، والصوم والزكاة ، والحج ، وإعطاء كل ذى حق حقه .

حكمه : الوجب العيني هو واجب على كل فرد من أفراد المكلفين ، ولا يسقط الطلب بفعل الآخرين من المكلف ، لأن قصد الشارع من تشريعه الواجب العيني : شخص المكلف

القسم الثاني :

الواجب الكفائى : هو ما يطلب الشارع حصوله ، على وجه الحتم من مجموع المكلفين ، لا من كل فرد على التعيين ، ويسقط الطلب بفعل البعض ، لأن قصد الشارع من الواجب الكفائى هو وقوع الفعل بنفسه ولو من فرد من الافراد ، وهذا يشمل الأمور الدينية كصلاة الجنازة ، والأمور الدنيوية كالصنائع المختلفة ، وبناء المستشفيات ، والقضاء ، والإفتاء . وبدء السلام ورده وكذا كل ما ليس بفرض عين أو سنة ، لأن فرض العين يقصد الشارع حصوله من كل فرد من أفراد المكلفين ، والأمر المسنون غير متحتم على المكلف فعله .

وقد اتفق الفقهاء على أن واجب الكفاية إذا أتى به فرد من أفراد المخاطبين

فقد تم المطلوب وسقط الحرج عنهم جميعا ، وإذا أهمل فلم يأت به أحد عمهم الحرج والإثم .

واختلف الفقهاء فيمن وجه الشارع إليه الطلب فى فرض الكفاية . هل وجهه الشارع إلى الكل الإفرادى أى إلى فرد فرد أو هو موجه إلى الكل المجموعى أى هيئة المخاطبين الاجتماعية أو هو موجه إلى بعض منهم ، ؟ أو إلى بعض معين عند الله تعالى . ؟ أو من يظن حصول الفعل منه ؟ وبيان ذلك فيما يلى :

رأى جمهور الأصوليين : قال جمهور الأصوليين : إن الخطاب بالواجب الكفائى موجه إلى الكل الإفرادى واستدلوا لذلك بدليلين هما :

الأول : تعميم الخطاب فى طلب الواجب الكفائى كما فى قوله تعالى : «كتب عليكم القتال » وقوله تعالى ، « وقاتلوا فى سبيل الله » . إلى غير ذلك من الآيات التى اشتملت على أوامر الكفايات والتى توجه الخطاب فيها عاما .

الثانى : أما الدليل الثانى : فهو أن النصوص الآمرة بالأوامر الكفائية قد أفادت وقوع الإثم عند عدم القيام بهذه الواجبات وجعلت الإثم واقعا على الجميع .

رأى آخر : قيل إن الخطاب موجه إلى الكل المجموعى . لأنه لو تعين أداء هذا الواجب على كل فرد كان إسقاطه عن الباقين بفعل الفاعلين رفعا للطلب بعد تحققه ، وهو إنما يكون بالنسخ وليس هذا بنسخ اتفاقا ، بخلاف الإيجاب على الجميع من حيث هو فانه لا يستلزم الإيجاب على كل واحد ، ويكون التأثيم عند الترك للجميع بالذات ولكل واحد بالفرض .

اعتراض : قد يعترض بأن الملازمة هذه ممنوعة فإن سقوط الطلب بعد تحققه قد يكون لحصول المقصود من الفعل فانتفت علة الوجوب . وقد ينصب الشارع أمارة على سقوط الوجوب من غير نسخ فلا مانع من أن يكون الوجوب على الكل الإفرادى .

رأى آخر : يرى بعض الأصوليين أن الوجوب متعلق بالبعض وهو من

غلب على ظنه أن غيره لم يفعله ، فالمكلف بعض لم يفعل هذا الواجب وقت الخطاب ، ولم يتعين إلا بذلك الظن . فكأن الشارع قال : أريد أن يكون هذا الفعل فى الأمة وحتمت على من ظن منكم أن غيره لم يفعله أن يفعله[1] واستدل لهذا الرأى بما يلى :

١ - قال أصحاب هذا الرأى : إن بعض المطلوبات على الكفاية ، وردت موجهة إلى بعض الأمة مثل قوله تعالى : « فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا فى الدين ، ولينذروا قومهم إذا رجعوا إليهم لعلهم يحذرون »

وجه الاستدلال : أفادت الآية أن واجب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر والبحث فى أمور الدين والدنيا المأخوذة من أوامر الدين ونواهيه هو واجب على بعض الأمة ويجب أن لاتخلو الامة من طائفة تنفر وتجاهد للتفقه فى الدين ولابداء النصح للامة تحذيرا لها عن إتيان المنكر وحثا لها على إتيان الخير واقتراف صالح الأمور وهذا يفيد أن توجيه الخطاب قد يكون للبعض فى مثل هذه الحالات .

٢ - إذا أضفت إلى ماتقدم أن سقوط الإثم عن الجميع بفعل البعض هو أمر ثابت للواجب الكفائى لوضح لنا أن الخطاب إذن هو موجه إلى من لم يفعل هذا الواجب وقت الخطاب لأنه يبعد أن يسقط ما على مكلف بفعل غيره .

نقد هذا الدليل : هذا الدليل ليس بسليم لأنه يستبعد أن يسقط على ما على

---

(١) اختار هذا الرأى البيضاوى حيث قال : (والتكليف بفرض الكفاية دائر مع الظن ، فان ظن كل طائفة أن غيره فعل سقط الوجوب عن الجميع وإن ظن كل طائفة أن غيره لم يفعله ، وجب عليهم الإتيان به ويأثمون بتركه . وان ظنت طائفة قيام غيرها به ، وظنت أخرى عكسه سقط عن الاولى ووجب على الثانية (نهاية السول الاسنوى ج ١ ص ١١٨) ومسلم الثبوت ج ١ ص ٦٣ .

مكلف بفعل غيره مع أن هذا ليس ببعيد بل قد يحدث وذلك مثلا فى حالة سداد الدين من ضامن الدين فانه يسقط الدين عن المدين ، ولا يغير من حقيقة المطلوب طريق سقوطه فضلا عن أنه يناقض ماقيل من أن ترك الواجب الكفائى يوجب إثم الجميع لان إثم الجميع بالترك يقتضى بالضرورة توجه الطلب إلى الجميع لانه لامعنى للتأثيم العام والمطالب البعض .

رأى آخر . هناك رأى لدى بعض الاصوليين يفيد أن من توجه إليهم الخطاب بالواجب الكفائى بعض معين عند الله تعالى .

نقد هذا الرأى : هذا الرأى يؤدى إلى أن المكلف لايعلم ماكلف به ، وأنه لايصح من أحد أداء الواجب لأنه لايعلم أهو المكلف به الموجه إليه الخطاب بالفعل أم غيره هو المكلف .

رأى وسط : قال المرحوم الشيخ الخضرى بك : أن الخطاب فى القرآن الكريم نجده أحيانا قد وجه الطلب إلى جميع المخاطبين ، وأحيانا إلى الأمة بأن يكون بعض أفرادها قائما بفرض الكفاية (ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ، ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون) وأحيانا نجد الطلب موجها إلى طائفة مبهمة « فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة »[(١)]

فلابد إذن أن يكون كل طلب منظورا فيه إلى جهة ، وبيان ذلك : أن للامة مصالح كثيرة لابد من وجودها لتنتظم أحوالها . وتسعد فى حياتها ، ومن هذه المصالح مالايقدر عليه إلا باستعداد خاص وتعلم ودراية ، فمثلا : الطب لايقدر على القيام به الفلاح الذى لم يتجاوز فكره دائرة مزرعته ، والذود عن الذمار وحماية البيضة لايقدر عليه الضعيف فى جسمه ، والقضاء بين الناس لايقدر عليه إلا الفقيه ذو الفراسة الذى عنده علم بأحوال البيئة التى يعيش فيها إلى غير ذلك من الكفايات اللازم وجودها ، ولايقدر عليها إلا بعض من الأمة استعد لها

---

(١) أصول الفقه للمرحوم الشيخ محمد الخضرى بك المفتش بوزارة المعارف المصرية سابقا ص ٤٥ — ٤٧ .

و أنتن مقدماتها ووسائلها فإذا ورد من الشارع طلب لشيء منها ، فإنما يوجه إلى ذلك البعض القادر على العمل ، وعلى بقية الأمة أن تحمل هؤلاء على العمل إذا هم تهاونوا في القيام به ، فالمستعدون هم مكلفون بمباشرة العمل ، والباقون مكلفون بحمل القادرين . وإذا لم يكن في الامة مستعدون فعليها تذليل الطريق لإيجادهم بالتعليم ، فمن قام بما كلف به فقد أدى وظيفته ، ومن أهمل عوقب وهذا معنى التضامن في المصالح الكفائية .

ويظهر أن كلا من أصحاب الآراء المتقدمة قد نظر إلى هذه المسألة من وجه .

تنبيه : من فروض الكفاية ما يتغير إلى فرض عين كقتال الاعداء فهو فرض كفائي ، ولكنه يتغير إلى فرض عين يطالب به كل مكلف حسب قدرته إذا هجم العدو على ديارنا ، وكذلك إنقاذ الغريق هو فرض كفاية ، ولكن إذا لم يوجد إلا شخص واحد هو المستطيع إنقاذه وهو يجيد السباحة ، فإن إنقاذ الغريق يصير : فرض عين في حقه ، وكذلك وجود طبيب لإسعاف المرضى هو من فروض الكفاية ، ولكن إذا تعين طبيب لإنقاذ مريض صار فرض عين عليه .

٣ - تقسيم الواجب باعتبار المقدار المطلوب للشارع من المكلف .

مطلوبات الشارع قد تكون محدودة المقدار كالصلوات المفروضة ، أو الزكوات ، وأثمان المشتريات وقد تكون غير محدودة كالإنفاق في سبيل الله ، وإطعام الجائعين وكسوة العارين — ولهذا ينقسم الواجب بهذا الاعتبار إلى قسمين .

١ - واجب محدود. ٢ - واجب غير محدود. وبيان كل قسم فيما يلي

١ - واجب محدود : الواجب المحدود هو الواجب الذي بين الشارع للمكلف المقدار المطلوب منه كالصلوات الخمس ، والصوم ، والزكاة ، والحج وثمن المبيع

والديون المالية . وهذا النوع من الواجبات يجب فى الذمة ، وتصح المطالبة به قضاء متى كان له مطالب من جهة العبادولا يسقط عنه إلا بأدائه أو بمسقط آخر. وفى العبادات لا يسقط ماوجب منها إلا بالقضاء .

٢ ـ واجب غير محدود : الواجب غير المحدود هو مالم يعين له الشارع قدرا محدودا ،كالإنفاق فى سبيل الله ، والتعاون على البر ، وإطعام الجائع ، وإغاثة الملهوف ونحو ذلك مما يختلف باختلاف الحاجة .

وهذا النوع من الواجبات لايجب فى الذمة إلا بالقضاء والرضا لأن الذمة لاتشغل إلا بيقين ، ولا يصح التقاضى به لان المقاضاة لاتكون إلا بيقين أيضا ولا يجب قضاؤه إذا مات .

فإذا قال الشارع « وأطعموا القانع والمعتر » فمعنى ذلك طلب رفع الحاجة فى كل واقعة بحسبها من غير تعيين مقدار ، فاذا تبينت حاجة تبين مقدار مايحتاج إليه . فيها بالنظر لا بالنص ، لانها تختلف باختلاف ذى الحاجة واختلاف الزمان والمكان ، وإذا كان كذلك لم يترتب فى الذمة معلوم ، وإذا زال الوقت الحاضر صار فى الثانى مكلفا بشىء آخر لا بالاول أو سقط التكليف إذا فرض ارتفاع الحاجة .

ومما يؤكد أن الواجب غير المحدود لاتشغل به الذمة إلا بالقضاء أو الرضا لان الذمة لاتشغل إلا بمعين ، لا بمجهول أنه لو أن هذا الواجب غير المحدد ترتب فى الذمة فإنه يؤدى إلى العبث لان المقصود به رفع الحاجة ، فعمران الذمة به ينافى هذا المقصد ، إذ المقصود إزالة هذا العارض لا غرم قيمته فإذا كان الحكم يشغل الذمة ينافى سبب الوجوب كان عبثا غير صحيح ولا يعترض على هذا بأن الزكاة المفروضة يقصد بها دفع مع الحاجة أنها مترتبة فى الذمة . لأنا نقول : الحاجة التى تسد بالزكاة غير متعينة على الجملة فهى بمثابة حق ثابت بمعاوضة فللشرع قصد

فى تضمين المثل والقيمة فيها ، بخلاف الواجب غير المحدود فإن الحاجة نمه حاجة متعينة مطلوب سدها فوراً ولهذا لايتعين لها مال زكاة أو غيره بل بأى مال ارتفعت هذه الحاجة حصل المطلوب .

تنبيه : يوجد نوع يشتبه على الفقهاء إلحاقه بأى القسمين لأنه أخذ بشبه منهما ولم يتمحض لأحدهما . وهو محل اجتهاد وأبرز مثال لهذا النوع هو النفقة على الزوجات والأقارب فهى عند الحنفية من قسم الواجب غير المحدد فلم يترتب فى الذمة ولم يطالب بها الزوج بعد فوات وقتها إلا إذا استقرت بالقضاء أو الرضا . فإذا فرض القاضى النفقة أو فرضها القريب على نفسه للمنفق عليه أو استدانتها الزوجة برضا الزوج لا تسقط إلا بالأداء .

غير الحنفية : أما غير الحنفية فقد ألحق هذا النوع وهو النفقات بالواجب المحدد إذ أن العرف حددها بما فيه الكفاية ولهذا قالوا : إذا لم تؤد دإيها تجب فى الذمة كأى واجب محدد من غير تراض أو حكم قاض ويكون للقريب وللزوجة حق المطالبة عن المدة السابقة قبل التراضى أو حكم القاضى .

٤ — تقسيم الواجب باعتبار تعين المطلوب وعدم تعينه :

قد يعين الشارع مطلوبه فيسمى هذا الواجب معينا ، وقد يبهمه فى واحد من أمور معينة نحو قوله تعالى فى كفارة اليمين (فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة) ويسمى هـــذا واجبا مخيراً .

وعليه فينقسم الواجب باعتبار تعين المطلوب وعدم تعينه إلى :

١ — واجب معين   ٢ — واجب مخير

الواجب المعين هو ما طلبه الشارع بعينه من غير تخيير بين أفراد مختلفة كالصلاة ، والصيام ، والزكاة ، والحج ونحوها . وهذ النوع من الواجبات لا تبرأ منه الذمة إلا بفعله بعينه .

٢ ـ الواجب المخير : الواجب المخير هو ما طولب المكلف فيه بواحد من عدة أمور مختلفة كـكفارة اليمين فى قوله تعالى « فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة » فإن الحانث مخير ابتداء بين هذه الأمور الثلاثة وتبرأ ذمته بأداء أى واحد منها . فالتكليف يتعلق بواحد مبهم من هـذه الأمور الثلاثة المبينة والواحد المبهم قدر مشترك بين الخصال كلها لصدقه على كل واحد منها وحينئذ لا تعدد فيه .

والتخيير هو هنا فى الخصوصيات ، ومتعلق الوجوب لا تخيير فيه ومتعلق التخيير لا وجوب فيه . فللوجوب جهة ، وللتخيير جهة . فأحد خصال الكفارة من حيث أنه واحد منهم واجب وهو من حيث أنه إطعام مثلا مخير فيه . وبذلك ينحل ما يظهر من التناقض فى قولهم واجب مخير[1] .

ونقل عن المعتزلة أن الوجوب فى هذه المسألة متعلق بالكل على التخيير بمعنى أنه لا يجوز للمكلف ترك جميع الأفراد ولا يلزم الجمع بينها . وهـذا هو رأى الجمهور بعينه فقد نقل الآمدى عنهم انهم قالوا أنه لا ثواب ولا عقاب إلا على البعض ولو أتى بالكل أو ترك الكل .

رأى آخر : قال قائلون إن الواجب المخير ـ الواجب فيه معين عند الله لا عندنا . وهذا قول باطل لأنه من التكليف بالمحال إذ لا طريق إلى معرفة العبد به ، ثم إن مقتضى التعيين عدم ، ومقتضى التخيير جوازه فيكون الشىء الواحد من جهة واحدة واجبا وغير واجب وإذا ثبت أحدهما بطل الآخر والتخيير ثابت فبطل التعيين والقول بأن الواجب يتعين باختيار أحد الأمور المخير فيها يلزم عليه تفاوت المكلفين فى الواجب بحسب تفاوتهم فى اختيارهم وذلك لأن الآية دلت

---

(١) أصول الفقه للمرحوم الشيخ محمد الخضرى ص ٤٨

على أن كل خصلة مجزية لكل مكلف ، وقد اتفق الفقهاء على أن المكلفين شرع فى التكليف بذلك .

الخلاصة والخلاصة أن الجميع متفقون على أن المكلف مطالب باحدى هذه الخصال وان فعلها فقد أدى الواجب وان ترك الكل أثم . والخلاف بعد ذلك هو فى شىء لا يترتب عليه عمل كما قالوا فى فرض الكفاية :

النـــــدب

الاستحباب : أو الندب : هو ترجح جانب الفعل على جانب الترك من غير إلزام أى انه هو الأمر الذى طلب الشارع فعله طلبا غير حتم بأن اقترن بالصيغة مايصرفها عن الوجوب كقوله تعالى : « والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا » فمكاتبة السيد عبده مستحبة لا واجبة ، لأن الأمر بها مقيد بما يجعلها موكولة إلى تقدير المالك ورأيه . هذا إلى ماهو مقرر فى الشريعة من أن المالك حر التصرف فى ملكه . وكذلك يكون ترجيح جانب الفعل على الترك من غير الزام بفعل الرسول (ص) شيئا من القرب من غير مواظبة عليه .

حكم المستحب . حكم المستحب هو الاثابة على الفعل فالاتيان به خير من تركه ولكن لا إثم فى تركه وربما يستحق تاركه ملامة لأنه لم يقف عند قصد الشارع

أقسام المستحب ثلاثة :

١ — سنة الهدى . مايكون فعله مكملا للواجبات الدينية كالأذان والجماعة، وما واظب عليه الرسول صلى الله عليه وسلم ولم يتركه إلا نادرا ليدل على تحتمة كالمضمضة ، وقراءة شىء من القرآن بعد الفاتحة فى الصلاة ، وهذا يسمى السنة المؤكدة ، أو سنة الهدى . وتاركه يستحق اللوم والعتاب : وإذا كان من الشعائر كالأذان ، واتفق أهل قرية على تركه قوتلوا .

٢ — سنة الاقتداء : من الأمور التى كان يفعلها النبى صلى الله عليه وسلم وهى أمور عادية خلقية تقع منه صلى الله عليه وسلم بمقتضى انسانيته كالأكل ، والشرب . والمشى ، والنوم والاقتداء بالرسول (ص) فى هذه الامور الكمالية يسمى مستحبا وأدبا وفضيلة لما يدل عليه من حب للرسول ﷺ وتارك ذلك لا يلام ولا يعاتب لأنه ليس أصلا من أصول التشريع بل هى من السنن الزوائد .

٣ — النفل : ما كان من القربات وفعله الرسول صلى الله عليه وسلم أحيانا وتركه كالتصدق على الفقراء وصيام الاثنين مثلا ، وصلاة ركعتين غير الفرض والسنة المؤكدة ويسمى هذا بالسنة الزائدة أو النافلة وتاركها لا يلام ولا يعاتب.

هل يجب النفل بالشروع فيه

رأى الحنفية : يرى الحنفية أن المكلف إذا بدأ بالنفل وشرع فيه ثم أفسده فعليه القضاء وجوبا لأن التخيير فى البدء لا يستلزم عقلا ولا شرعا استمراره . أما بعد الشروع فالإختلاف جائز ثم هو واقع للدليل وهو النهى عن إبطال العمل « يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول ولا تبطلوا أعمالكم » فقد أوجب تعالى إتمام العمل الذى بدأ فيه المكلف ولذا لزم القضاء بالإفساد لأن الإتمام واجب

رأى الشافعية : يرى الشافعى ان من شرع فى نفل ولم يتمه لم يجب عليه قضاؤه ، لأن الفعل ليس واجب الأداء فلا يكون واجب القضاء . فمتى كان الفعل غير محتم على المكلف فى البدء فكذا فى الاستمرار .

التحريم

الحرمة : هى تحتم ترك الفعل على نحو يشعر بالعقوبة على الفعل ويكون ذلك بما يدل على التحريم بمادته كقوله تعالى « حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم » وقوله تعالى : « ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله فى أرحامهن إن كن يؤمن بالله واليوم الآخر » وبصيغ النهى عن الفعل أو عن قربانه كقوله تعالى : « تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون » وبالأمر باجتنابه كقوله تعالى « فاجتنبوا الرجس من الأوثان واجتنبوا قول الزور » . وبالتوعد على الفعل — ولا يكاد يخلو منه محرم — كقوله تعالى « إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنما يأكلون فى بطونهم ناراً وسيصلون سعيرا ») .

الحرام : هو ما يذم شرعا فاعله سواء كان الدليل قطعيا أو ظنيا عند جمهور الفقهاء مثل تحريم مادلت عليه الآيات السابق ذكرها .

رأى الحنفية : يرى الحنفية أن ماثبتت حرمته بدليل قطعى الثبوت والدلالة يسمى « حراما » وهو مقابل الفرض عندهم وما ثبتت حرمته بدليل ظنى الثبوت أو الدلالة يسمى « مكروها تحريما » فهو يقابل الواجب .

ولا خلاف بين الحنفية وبين غيرهم فى أن كلا من الحرام والمكروه تحريما يثاب المرء على تركه ويعاقب على فعله وان الأول يكفر جاحده دون الثانى .

أقسام الحرام : ينقسم الحرام إلى ما يلى

١ — حرام لذاته ٢ — حرام لغيره

الحرام لذاته : الحرام لذاته هو ما قصد الشارع تحريمه تحريما ذاتياً لما فيه

من ضرر ذاتى كبيع الميتة ، وكنكاح المحارم والزنا ، والسرقة وشرب الخمر وغير ذلك مما كان تحريمه ذاتياً لأن الفعل غير مشروع بأصله .

حكمه : هذا النوع يصلح سبباً شرعيا تترتب عليه أحكام شرعية وقد بنوا على هذه صحة الصلاة فى الأرض المغصوبة ، وصحة البيع مع التدليس ، وصحة زواج التحليل ، ووقوع الطلاق البدعى لأن التحريم لعارض لا يخل به السبب مادامت أركانه وشروطه قائمة .

الكراهة

الكراهة : هي طلب الشارع الكف عن إتيان الفعل طلبا غير جازم ، والمراد بالكراهة هنا هي الكراهة التنزيهية المقابلة للندب . ويستفاد ان طلب الكف عن الفعل هو طلب غير جازم من القرائن التي أحاطت بالطلب فصرفته عن التحريم إلى الكراهة .

والأثر المترتب عليه ، هو الكراهة (أيضاً) وهو المحكوم به الذي هو الحكم عند الفقهاء .

المكروه : هو ما يمدح تاركه ولا يذم فاعله بأن كان منهياً عنه . ولكن اقترن به ما صرفه عن التحريم إلى الكراهة . ومن ذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم « إن الله كره لكم قيل وقال ، وكثرة السؤال ، وإضاعة المال » ومنه قوله صلى الله عليه وسلم حين وفد عليه قوم فقالوا : إن فلانا يصوم النهار ، ويقوم الليل ، ويكثر الذكر فقال : (أيكم يكفي طعامه وشرابه) ؟ قالوا : كلنا: قال : « كلكم خير منه » فانه يدل على كراهة الانقطاع للعبادة ، والاعتماد في العيش على عطايا المحسنين .

ومنه قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تسألوا عن أشياء إن تبد لكم تسؤكم[1] » فانه اقترن بقوله تعالى : « وإن تسألوا عنها حين ينزل القرآن تبد لكم عفى الله عنها والله غفور حليم » وله صلة بقوله تعالى : فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون[2] » فانه صريح في جواز السؤال . ومثله ما ورد في السنة من النهي عن الصلاة في الحمام ، أو على قارعة الطريق . وكل مادل الدليل على أنه مندوب فتركه مكروه وكما تتفاوت درجة الندب تتفاوت درجة الكراهة .

---

(١) الآية رقم ١٠١ من سورة المائدة .

(٢) الآية رقم ٧ من سورة الأنبياء .

تنبيه : ما تقدم هو تعريف المكروه عند جمهور الفقهاء لا فرق بين أن يكون المنهى عنه قد ورد النهى عنه بدليل قطعى أو ظنى .

أما الحنفية فقد قسموا المكروه إلى قسمين هما مكروه كراهة تحريم ومكروه كراهة تنزيه وبيانهما عند الحنفية فيما يلى

المكروه كراهة تحريم : المكروه كراهة تحريم هو ما ثبتت كراهته بدليل ظنى فيه شبهة كنهى الشارع عن لبس الحرير والتختم بالذهب بالنسبة للرجال ، أو بدليل قطعى مع وجود القرينة الصارفة له عن التحريم نحو النهى عن سؤال الرسول ﷺ السابق ذكره وهو يقابل عندهم (الواجب) .

المكروه تنزيها : هو ماطلب الكف عنه من غير إشعار بالعقوبة على ذلك وهو يقابل عندهم السنة .

وكراهة التنزيه مثل أكل كل ذى ريح كريهة ، أو تقـــذير الثياب والبدن بطاهر .

مسألة ، بان مما تقدم أن بين الواجب والحرام التضاد ، فإن الواجب هو المقول فيه افعلوه والحرام هو المقول فيه لاتفعلوه ومن البدهى أنهما لايردان على شىء واحد بالشخص والجهة لأنه يستحيل أن يطلب فعل الشىء ، والكف عنه فى آن واحد لأنه تكليف بما لا يطاق .

وأما إن كان الشىء واحداً بالنوع وأشخاصه مختلفة باختلاف صفاته أوجهاته فإنه لا مانع أن يرد عليه الطلب بصفة والنهى بصفة ، كالسجود فانه نوع واحد ولكنه منقسم فهو بالإضافة إلى الله تعالى مطلوب ، وبالإضافة إلى الشمس والقمر ممنوع ، لا تسجدوا للشمس ولا للقمر واسجدوا لله الذى خلقهن ، ولا تناقض هنا ، لأن المأمور به غير المنهى عنه ، لأن اختلاف الإضافات والصفات يوجب المغايرة . . . وهناك واحد يشكل أمره وهو الفعل الواحد الذى له جهتان ، فهل يجوز أن يكون مطلوبا من إحدى جهتيه منهيا عنه من الجهة الأخرى أو لا يجوز ؟ ؟

فالصلاة فى الأرض المغصوبة ، فان الحركات التى يؤديها المصلى إنما هى أكوان اختيارية ولها جهتان ، الأولى كونها صلاة يتقرب بها إلى الله . الثانية كونها بقاء فى الأرض المغصوبة فهل يقال ، إن الأمر وارد عليها من الجهة الأولى أى بكونها صلاة يتقرب بها إلى الله تعالى . وبناء على ذلك يؤدى بها الواجب ويسقط الطلب عن المكلف الذى أداها وتبرأ ذمته . . . وهى أفعال نهى عنها باعتبار جهتها الثانية وهى كونها بقاء فى الأرض المغصوبة فيكون معاقبا على ذلك البقاء - فيكون الفعل الواحد مثابا عليه معاقبا على فعله من جهتين مختلفين ؟ اختلف الفقهاء فى ذلك حسب التفصيل التالى .

رأى الحنابلة : يرى الإمام أحمد بن حنبل كما يرى الرأى نفسه المعتزلة وهو أن هذا لايجوز إذ يستحيل أن يجتمع الطلب والنهى على فعل واحد معين بالشخص .

وقال أصحاب هذا الرأى : أن الصلاة فى الأرض المغصوبة باطلة لاتسقط الطلب ، لأنه لايفهم أن يكون الشىء الواحد المتعين قربة ومعصية .

مناقشة هذا الرأى : نوقش هذا الرأى وأعظم حجة لخصومه هى أن هذا الرأى مخالف لإجماع السلف فإنهم ماأمروا الظلمة عند التوبة بقضاء الصلوات المؤداة فى الدور المغصوبة مع كثرة وقوع ذلك ، ولانهوا الظالمين عن الصلوات فى الا رض المغصوبة .

وقد رد هذا الدليل بأن السلف لم يصح عنهم النقل أنهم أجمعوا على صحة الصلاة فى الأرض المغصوبة ولو وجد لعلم به أحمد بن حنبل ، على أنه لو صح أنه كان هناك إجماع من السلف على هذا الموضوع فهو اجماع سكوتى والاجماع السكوتى ليس من الحجج القطعية التى لاتجوز مخالفتها .

الرأى الثانى : للقاضى أبى بكر : وهو أن هذا الفعل الواحد يستحيل كونه قربة ومعصية بل هو معصية لأنه فعل منهى عنه إذ هو غصب ، ولكنه احتراما

لذلك الإجماع (إجماع السلف) قال : إن الطلب يسقط عند فعل تلك الصلاة لا بها .

نقدهذا الرأى: إن هذا الرأى غير معقول إذ كيف يعقل أن يكون مطلوبا يسقط طلبه إذا فعل لا على وجهه المشروع .

الرأى الثالث للجمهور وهو تجويز أن يتوجه الطلب والنهى معا إلى فعل واحد ذى جهتين ، فيكون مطلوبا باعتبار أحدهما ، ومنهيا عنه باعتبار الجهة الأخرى مادامت الجهتان غير متلازمتين أى تعقل إحداهما بدون الاخرى كما فى الصلاة فى الارض المغصوبة ، فان الصلاة تعقل بدون الغصب ، والغصب يعقل بدون الصلاة ، وحينئذ يعقل أن هذه الصلاة مطلوبة من جهة كونها صلاة ، منهى عنها من جهة كونها غصبا .

الدليل : يستدل الجمهور لرأيهم هذا بما يلى .

١ — إننا لقطع أن الآمر لمن تجب عليه طاعته إذا أمره وقال له : اكتب هذه الصحيفة ولا تكتبها فى المسجد ، فكتبها فى المسجد ، إنه مطيع من جهة أنه كتب ، عاص من جهة انه كتب فى المسجد .

٢ — إن اجتماع الحرمه والوجوب لو امتنع ، فإنما امتناعه لاتحاد المتعلق ، ونحن نقطع بتعدده فى الصلاة المغصوبة إذ متعلق الامر الصلاة ، ومتعلق النهى الغصب وقد اجتمعا مع إمكان الانفكاك .

٣ — إنه لو امتنعت صحة الصلاة فى الأرض المغصوبة لامتنعت صحة الصلاة فى الأوقات المنهى عن الصلاة فيها ، وقد قالوا بصحة كثير منها .

٤ — إن هذه الصلاة لو لم تصح لم يسقط الواجب بها ، وقد أجمع السلف على سقوط الطلب عن المكلف بإتيانها .

مناقشة هذه الأدلة : ناقش الحنابلة ومن معهم أدلة الجمهور لإبطال حجتها حسب التفصيل التالى :

الدليل الأول : قالوا إن القطع بالطاعة والمعصية للمأمور بكتابة صحيفة والمنهى عن كتابتها فى المسجد إذا كتبها فى المسجد هو أمر غير مسلم به بل القول بانه مطيع عاص هو أمر ممنوع بل هو عاص لمن أمره بالكتابة فى غير المسجد وليس بمطيع من أى جهة وذلك لأن من أمره بالكتابة بنى طلبه ونهيه لمصلحة قدرها فإذا كتبها فى المكان المنهى عن كتابتها فيه فقد أضاع المصلحة التى رتبها من أمره فهو عاص بالكتابة فى المسجد لانه لم يؤد المطلوب وعلى الشكل الذى أمر به فهو عاص عصيانا واضحا وليس مطيعا .

الدليل الثانى : أما القول بأن المصلى فى أرض مغصوبة هو مطيع من جهة أنه يؤدى قربة لله تعالى وهى الصلاة فهذا ممنوع لأن أفعاله كلها ممنوعة لانها أكوان فى حيز منهى عن الإقامة فهى فعل واحد منهى .

الدليل الثالث : أما قياس الصلاة فى الأرض المغصوبة على الصلاة فى الاوقات المنهى عن الصلاة فيها فإذا صحت الصلاة فى كثير من هذه الاوقات فتصح الصلاة أيضا فى الارض المغصوبة فان الحكم عكس مايقولون - ذلك أن الصلاة فى الاوقات المنهى عنها قال به كثير من الفقهاء وان اختلفوا فى بعض الجزئيات، فالدليل ينتج عكس المطلوب .

الدليل الرابع : أما القول بان السلف قد اجمعوا على صحة الصلاة فى الأرض المغصوبة وانهم لم يطالبوا الكثير من الظلمة بعدم الصلاة فى الأرض التى اغتصبوها الخ — فيرد على هذا بأنه لااجماع على ذلك .

الرأى المختار : والمختار هو الرأى القائل ببطلان هذه الصلاة وبطلان ورود الامر والنهى على فعل واحد له جهتان - أما بطلان الصلاة فى الأرض المغصوبة

فلان الصلاة عبادة ونية التقرب بها شرط فيها ، ونية التقرب بالمعصية محال . وبذلك فقد اختل شرط من أهم شروطها ولا يقال أنه ينوى التقرب بالصلاة ويبدى بالغصب فالصلاة والغصب فى شيء واحد فيكون التقرب إلى الله بعين ماهو عاص به . ويؤيد القول بالبطلان لهذه الصلاة ماقاله الجمهور من بطلان الصوم يوم العيد . فالامر فى المسألتين واحد لان هذا فعل ذو جهتين من جهة كونه صوما موقربة ، ومن جهة كونه فى يوم عيد فهو معصية والجهتان غير متلازمتين بمعنى أن تعقل إحداهما دون الاخرى إذ يعقل الصوم بدون كونه فى يوم عيد ويعقل العيد بدون الصوم فالوجه القول ببطلان الصلاة فى الارض المغصوبة كالقول ببطلان الصوم يوم العيد . (١)

---

(١) راجع أصول الفقه للمرحوم الخضرى بك ص ٥٤ - ٥٧ .

المبـــاح

الإباحة : هى التى لم يطالب الشارع فعلها ، ولا الكف عنها والأثر المترتب عليها (المحكوم به) هى الإباحة أيضا وهى الحكم عند الفقهاء ـ والخطاب الذى تعلق بالمكلف بما خير الشارع فيه المكلف بين الفعل أو الترك يسمى المباح .

المبـاح : المباح من حيث هو مباح لا يكون مطلوبا فعله ولا اجتنابه أى هو مالا يمدح فاعله ولا يذم تاركه .

تنبيه : المباح من حيث النظر إليه من جهة تركه لأنه ذريعة إلى أمر آخر فإنه يعطى حكم ما أدى إليه فإن أدى فعله إلى منهى عنه كان من تلك الجهة مطلوب الترك ، كما أنه إذا كان ذريعة إلى مأمور به كان مطلوب الفعل . قال صاحب المنهاج « والمباح مالا يتعلق بفعله وتركه مدح ولا ذم » (١) .

كيف يعرف المباح : يعرف المباح بالنص على نفى الحرج ، أو الإثم ، أو الجناح كقوله تعالى « ليس على الأعمى حرج » وقوله تعالى : « فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه » وقوله تعالى « ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء » .
وقد تعرف الإباحة بالتعبير بالحل كقوله تعالى : « أحلت لكم بهيمة الأنعام » وبالأمر مع قرينة تدل على أنه للاباحة كقوله تعالى « وإذا حللتم فاصطادوا » « فاذا قضيت الصلاة فانتشروا فى الارض » وقد تكون الإباحة باستصحاب الأصل ـ هذا والمكلف بالإباحة هو مخير بين الفعل والترك ولا ثواب ولا عقاب على واحد منهما إلا إذ قصد بفعل المباح الاستعانة على الواجب والسنن فإنه يثاب حسب نيته وقصده . فالشارع لا قصد له فى فعل المباح دون تركه ولا فى تركه دون فعله بل قصد جعله لخيرة المكلف فما كان من المكلف من فعل أو ترك ، فذلك

---

(١) راجع الإبهاج فى شرح المنهاج الاصولى للبيضاوى لشيخ الإسلام على ابن عبد الكافى السبكى المتوفى ٧٥٦ هـ وولده تاج الدين عبد الوهاب بن على السبكى المتوفى ٧٧١ هـ ص ٦٠ نشر مكتبة الكليات الازهرية .

قصد الشارع بالنسبة إليه فصار الفعل والترك كخصال الكفارة أيهما فعل وقصد فهو قصد الشارع لا أن للشارع قصدا فى الفعل بخصوصه أو الترك بخصوصه .

الخلاصة : والخلاصة مما ذكر اننا يمكننا بالاستقراء أن نقسم المبـــاح إلى ما يلى :

١ — ما صرح الشارع فيه بالتخيير كقوله « إن شئتم فافعلوه ، وإن شئتم فاتركوه .

٢ — ما لم يرد فيه عن الشارع دليل سمعى بالتخيير لكن صرح الشارع بنفى الحرج عن فعله أو بنفى الاثم أو الجناح .

٣ — ما لم يرد فيه عن الشارع شىء فيبقى على البراءة الاصلية .

رأى بأن الإباحة خارجة عن أقسام الحكم التكليفى : المشهور عند الجمهور ان الإباحة من أقسام الحكم الشرعى وإن خالف فى ذلك البعض وقال إن الإباحة ليس حكما تكليفيا وأن المباح ليس من الشرع وأساس هذا الخلاف ناشىء عن تفسير المباح فمن فسره بنفى الحرج وان نفى الحرج ثابت قبل الشرع اعتبر المباح ليس من الشرع ، ومن فسره بأنه هو الإعلام بنفى الحرج ، والإعلام به إنما يعلم من قبل الشرع فيكون المباح من أقسام الحكم التكليفى الشرعى[1].

وقال سعد الدين التفتازانى فى حاشيته : « والحكم إما طلب أو غير طلب أما الطلب فإنما يكون لفعل لانه المقدور دون عدم الفعل وسيأتى ، والفعل إما كف وإما غير كف وعلى التقديرين لابد وإن ينتهض الإتيان به سببا للثواب ، لانه طاعة ، وإما تركه فى جميع وقته فقد ينتهض سببا للعقاب ، وقد لا ينتهض ، فهذه أربعة أقسام .

فان كان طلبا لفعل غير كف ينتهض تركه فى جميع وقته سببا للعقاب فوجوب .

---

(١) تنقيح الفصول فى اختصار المحصول فى الاصول للقرافى ص ٧٠

وإن انتهض فعله خاصة سببا للثواب فندب .

وإن كان طلب الكف عن فعل ينتهض ذلك الفعل سبباً للعقاب فتحريم . وإن انتهض الكف خاصة سبباً للثواب فكراهة.

وأما غير الطلب فان كان تخييراً بين الفعل والكف عنـــه فاباحة والا فوضعى[1] .

وفى شرح الجلال المحلى على جمع الجوامع للإمام ابن السبكى « فعل المكلف المأذون فيه — واجبا ومندوبا ومباحا فعل غير المكلف أيضاً كالساهى والصبى والنائم والبهيمة لأن الحسن ما لم ينه عنه والقبيح فعل المكلف المنهى عنه ولو بعموم النهى المستفاد من أوامر الندب ويدخل فى القبيح على ذلك ما يسمى بأنه « خلاف الاولى » كما دخل فيه الحرام والمكروه[2] » .

وقال إمام الحرمين « ليس المكروه بالمعنى الشامل لخلاف الاولى قبيحا لانه لا يذم عليه لا حسنا لأنه لا يسوغ الثناء عليه وإن لم يؤمر به ... »

رأى الشيعة الإمامية : سبق أن قلنا إن الشيعة الإمامية يرون أن الحاكم هو الله وإن طريق معرفة الحكم هو النص الشرعى عن طريق الرسول صلى الله عليه وسلم وطريق الامام .

والإمامية يرون أن الحكم التكليفى اقسامه خمسة هى الواجب ، والمندوب ، والحرام أو المحظور ، والمكروه والمباح وهم فى هذا التقسيم لا يخالفون ماسار عليه الأئمة مالك والشافعى . وأحمد والأقسام عنـــد هؤلاء جميعا خمسة هى الواجب ، والمندوب ، والحرام ، والمكروه ، والمباح.

---

(١) حاشية التفتازانى على شرح القاضى عضد الملة لمختصر المنتهى الأصولى جـ١ ص ٢٥ .

(٢) شرح المحلى على جمع الجوامع وحاشية البنانى وحاشية العطار عليه جـ١ ص٨٧ ، ٩٠ .

رأى الحنفية :

أما الحنفية فالأقسام عندهم سبعة وليست خمسة لأنهم نظروا إلى الدليل المقتضى للفعل الحتمى والدليل المقتضى للكف الحتمى فإن كان الدليل المقتضى للفعل قطعيا فى سنده ودلالته فهو الفرض كالصلاة والزكاة والحج فى أصل وجوبها ، وكون الصلوات خمسا ، وكون ركعاتها كما هو المقرر وغير ذلك من الأمور الثابتة بدليل قطعى لاشبهة فيه ، وإن كان الدليل المقتضى للفعل الحتمى ظنيا فيه شبهة فهو الواجب ، كصلاة الوتر ، وكثير من مناسك الحج ، فإن الحتمية فى هذا وأشباهه ثابتة بدليل يدخله الظن . إما فى السند أو فى الدلالة أو اقتضاء الطلب الحتمى .

ولذا فالحنفية يطلقون اسم الفرض على الفعل المطلوب على وجه الحتم الثابت طلبه حتما بدليل قطعى لا شبهة فيه ، ويطلقون اسم الواجب على الفعل المطلوب على وجه الحتم لكن دليل طلبه على جهة الحتم ليس قطعيا بل فيه شبهة إما من حيث السند أو من حيث الدلالة واقتضاء الطلب الحتمى .

كذلك يطلقون اسم الحرام على المطلوب الكف عنه إذا كان طلب الكف حتما قد ثبت بدليل قطعى لا شبهة فيه كطلب الكف عن الزنا والربا - ويطلقون اسم المكروه كراهة تحريمية على الفعل المطلوب الكف عنه طلبا حتميا وكان دليله ظنيا فيه شبهة التحريم كلبس الحرير والتحلى بالذهب بالنسبة للرجال فالاقسام للحكم التكليفى عند الحنفية سبعة هى الفرض والواجب والمكروه كراهة تحريمية والمكروه كراهة تنزيهية وهو الذى يقابل المكروه فى تقسيم الجمهور للحكم التكليفى ثم المندوب والمباح ....

الشيعة الإمامية : يطلق الشيعة الإمامية لفظ الحرام ولفظ المحظور والمعصية على ما يذم فاعله كما يرادف ذلك لفظ المزجور عنه ، والذنب ، والقبيح فهذه العبارات كلها تدل على معنى واحد وقد مثلوا لها : بتحريم أكل الميتة ، وتحريم الخمر والخنزير والزنا وقتل النفس التى حرم الله قتلها إلا بالحق وتحريم أكل أموال الناس بالباطل ، وتحريم الاذى بكل أنواعه إلا إذا كان لدفع مضرة أشد وأكبر .

المندوب : وعرف الإمامية المندوب بأنه الراجح فعله مع جواز تركه وهو

المرغب فيه ، ويسمى النافلة والمستحب ، والتطوع ، والسنة والإحسان فالمندوب هو المطلوب الذى فعله أولى من تركه[1] .

المكروه : عرف الإمامية المكروه بأنه ما طلب الشارع الكف عن فعله طلبا غير ملزم بأن كان منهياً عنه واقترن النهى عنه بما يدل على أن التحريم المطلق غير مقصود ، وذلك مثل كراهة البيع وقت النداء لصلاة الجمعة فى قوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا إذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع ذلكم خير لكم إن كنتم تعلمون » وعرف العلامة جلال الدين الحلى ، المكروه بأنه الراجح تركه ولا عقاب على فعله[2] .

المباح : المباح هو ما تساوى وجوده وعدمه ، وهو الجائز ، والحلال والمطلق ـ أو هو ما خير الشارع المكلف فيه بين الفعل ، والترك فله أن يفعل ، وله أن يترك كالأكل والشرب ، واللهو البرىء[3] .

الواجب : يرى الامامية رأى جمهور الفقهاء بأن اسم الواجب يرادفه اسم الفرض فكلمة فرض مرادفة لكلمة واجب ، وهى أيضاً مرادفة عندهم لكلمة حتوم ، ولازم فهذه الكلمات بمعنى واحد ، ومدلولها فى الشرع واحد كما يقول الشيعة الإمامية .

والواجب على أقسام كثيرة ، منها الواجب المعين ، والواجب المخير وواجب الكفاية وهذه الواجبات قد تكون مطلقة عن الزمان وقد تكون مقيدة بزمان .

فالواجب المطلق عن الزمان هو ما لا يتعين لأدائه وقت بعينه ، كقضاء

---

(١) تهذيب الاصول ص ٣ طبع حجر بطهران للعلامة الحلى وهو حسن ابن يوسف بن على المطهر الحلى المتوفى ٦٤٩ هـ .

(٢) راجع المصدر السابق .

(٣) راجع تهذيب القواعد .

رمضان عند من لا يشترط ألا يقضى فى العام نفسه ، وكالحج عند من لا يقول بأنه واجب على الفور وذلك هو قول الجمهور

والواجب المقيد بزمان معين هو قسمان : واجب موسع وواجب مضيق وقته والأول هو الذى يكون الزمن المطلوب أداؤه فيه يتسع لغيره كاوقات الصلاة فإنها تتسع للصلاة ، وتتسع لأعمال أخرى والواجب فيها هو أداؤها فى فترة من هذه الفترات ، فالمطلوب هو تحقق الفعل فى مجموع الزمن لا فى جزء خاص منه .

اما الواجب المضيق زمنه فهو الذى لا يتسع زمنه لغيره كوقت صيام رمضان فإن نهار رمضان لا يتسع إلا لرمضان

فالامامية يرون ان الأمر فى الواجب المخير هو منصب على مجموع الزمان وكل جزء فيه بدل جزء والمكلف اذا أدى الواجب فى الجزء الأول ـ انتهى شغل ذمته به اذا استوفى الأداء له الشروط المعتبرة شرعا . وإذا لم يؤده فيه انتهى الوجوب إلى الزمن الذى يليه وهكذا حتى يضيق فيتعين الوجوب فى الجزء الأخير فكل الزمن موضع تكليف على هذا النوع من البداية آنا بعد آن . فالامر فى هذا الوجوب المخير امر كلى تناول الجميع على طريق البدل بحيث إذا أدى فى احدها أغنى عن سائرها وان لم يؤد شيئا بها أثم . . . ومثل هذا القول قيل فى الواجب الموسع[1] .

الواجب الكفائى والعينى عند الامامية : الواجب الكفائى بأنه هو الأمر المطلوب من الجماعة أن تقوم به على وجه الحتم والالزام والمطلوب فيه هو تحقق الفعل من الجماعة وان تركه يجعل الجماعة آثمة ولكن ان قام به البعض سقط عن الباقين ففعل واحد لهذا الواجب يقوم مقام الاخرين ويعتبر التارك فاعلا وذلك كالجهاد (فى سبيل الله) والأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ، والصلاة على الميت وغير ذلك من الواجبات التى لا تجب على شخص

---

(١) تهذيب الاصول للعلامة الحلى ص ٣ – ٥

بعينه ، بل تجب على الجماعة ، بحيث إذا لم يتم الأداء من أحد يقع الإثم على الجميع [1] وإذا فعله البعض سقط عن الباقين وفى هذا المجال يتلاقى فيه الشيعة الإمامية مع جمهور الفقهاء فالشافعى يقرر ان الخطاب بفروض الكفاية هو للعموم وهو من ناحية يتم من مخصوصين فهو عام قد يراد به الخاص . وقال الإمام الشاطبى فى موافقاته :

إن تحقيق فروض الكفاية واجب على الجميع وكل بقدر ما تهيئوه له قدرته فالقادر على العمل عليه أن يفعل وغير القادر عليه أن يمكن القادر ويهيء له الأسباب للعمل ، وبذلك يكون قد تحقق العمل من الجميع [2] .

---

(١) المرجع السابق .

(٢) الموافقات للشاطبى ج ١ ص ١١٩ - ١٢٤

أقسام الحكم الشرعى عند الظاهرية

قال ابن حزم : « والشريعة كلها إما فرض وهو الواجب واللازم ، وإما حرام ، وهو المنهى عنه والمحظور ، وإما حلال ، واما تطوع مندوب إليه ، وإما مباح مطلق ».

فاقسام الحكم عند الظاهرية خمسة هى الفرض ويشمل الواجب والثانى الحرام والثالث الحلال والرابع المندوب اليه والخامس المباح .

وقد قسم ابن حزم الحكم الشرعى إلى هذه الأقسام أخذا بظاهر الكتاب والسنة فقال « لقد وجدنا الله تعالى يقول «خلق لكم ما فى الأرض جميعا»[1] وقال تعالى : « وقد فصل لكم ما حرم عليكم »[2] وقال تعالى : « فليحذر الذين يخالفون عن أمره أن تصيبهم فتنة أو يصيبهم عذاب اليم »[3] .

وصح عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « ذرونى ما تركتكم ، فإنما هلك من كان قبلكم بكثرة سؤالهم واختلافهم على أنبيائهم ، فإذا أمرتكم بشىء فأتوا منه ما استطعتم وإذا نهيتكم عن شىء فاتركوه » .

وجه الاستدلال قال ابن حزم : ان النصوص السابقة وأمثالها كثير تفيد أن ما أمرنا الله تعالى به أو رسوله صلى الله عليه وسلم هو فرض إلا أن يأتى نص أو إجماع بأنه ندب ، أو خاص ، أو منسوخ .

وما نص الله تعالى بالنهى عنه أو رسوله صلى الله عليه وسلم ، فهو حرام إلا أن يأتى نص أو إجماع أنه مكروه ، أو خاص ، أو منسوخ . وما لم يأت به أمر ولا نهى فهو مباح، لقوله تعالى :«خلق لكم ما فى الأرض جميعا»[4]

---

(١) الآية رقم ٢٩ من سورة البقرة (٢) الآية رقم ١١٩ من سورة الأنعام
(٣) الآية رقم ٦٣ من سورة النور (٤) الآية رقم ٢٩ من سورة البقرة

ويأمرنا عليه السلام أن لا نترك منه إلا ما نهانا عنه ولا يلزمنا إلا ما استطعنا مما أمرنا به .(١)

وقال ابن حزم : ان القياس لسنا في حاجة إليه وإن في نصوص الشريعة ما يغنينا عنه ، فقد صح عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «وسكت عن أشياء فهي عفو » وقال تعالى : « لا تسألوا عن أشياء ان تبد لكم تسؤكم وإن تسألوا عنها حين ينزل القرآن تبد لكم عفا الله عنها »(٢) فلا شيء في العالم يخرج عن هذا الحكم فبطلت الحاجة إلى القياس جملة وصح أنه لا يحل الحكم به البتة في الدين . وبالله التوفيق (٣) .

التحريم والفرض عند الظاهرية الفرض عند الظاهرية ما ورد النص آمراً بإتيانه والمحرم ما ورد النص الشرعي ناهيا عنه : كل ذلك حتى يرد نص يدل على الندب أو الكراهية أو النسخ ومن ادعى غير ذلك فقد جاء بالمحال .

قال ابن حزم وأوامر الله تعالى ، ورسوله صلى الله عليه وسلم : كلها فرض. ونواهي الله تعالى ورسوله صلى الله عليه وسلم كلها تحريم ، ولا يحل لأحد أن يقول في شيء منها هذا ندب، أو كراهية إلا بنص صحيح مبين لذلك ، أو إجماع قال تعالى : « فليحذر الذين يخالفون عن أمره أن تصيبهم فتنة أو يصيبهم عذاب أليم » فقوله تعالى : « عن أمره » تقتضى ان الأمر المضاف إليه هو ما كان الآمر به فلا تخصيص الاية إلا ببرهان وقال تعالى . « وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا »(٤) ويستطرد ابن حزم في حجته فيقول :

لقد افترض الله علينا طاعته وطاعة رسوله صلى الله عليه وسلم فمن قال :

---

(١) النبذ في أصول الفقه لابن حزم الاندلسي المتوفى ٤٥٦ هـ وهو الكتاب المسمى النبذة الكافية في أصول أحكام الدين » الناشر مكتبة الكليات الازهرية ١٩٨١ م » .

(٢) الآية رقم ١٠١ من سورة المائدة .

(٣) النبذ في أصول الفقه .

(٤) الآية رقم ٦٣ من سورة النور (٥) الآية رقم ٧ من سورة الحشر

هذا الأمر ندب ، وهذا النهي كراهية فإنما يقول : ليس عليكم أن تطيعوا هذا الأمر ولا هذا النهي : وهذا خلاف لله عز وجل [١] .

أقسام الإباحة يرى الظاهرية أن الاباحة تشمل الأقسام التالية :

١ — ندب يؤجر المكلف على فعله ولا يعصى بتركه ولا يؤجر على إتيانه

٢ — كراهية يؤجر المكلف على تركها ولا يعصى بفعلها .

٣ — مباح مطلق لا يؤجر المكلف على فعله ولا على تركه ولا يعصى بفعله ولا بتركه [٢] .

قال ابن حزم : والإباحة تنقسم أقسام ثلاثة : ندب يؤجر على فعله ولا يعصى بتركه ولا يؤجر .

وكراهية يؤجر على تركها ولا يعصى بفعلها ولا يؤجر .

ومباح مطلق لا يؤجر على فعله ولا على تركه ولا يعصى بفعله ولا بتركه [٣] .

أفعال النبي صلى الله عليه وسلم يرى الظاهرية أن افعال النبي صلى الله عليه وسلم هي من قبيل الندب لا الوجوب إلا ماكان منها بيانا لأمر أو تنفيذا لحكم مثل قوله صلى الله عليه وسلم « إن دماءكم ، وأموالكم وأعراضكم ، وأبشاركم عليكم حرام » ونجد أنه صلى الله عليه وسلم قد سفك دما أو انتهك بشرة ، أو استباح مالا أو عرضا فهذا يدلنا على ان ما فعله النبي صلى الله عليه وسلم فرض إنفاذه لأنه لم يستبح شيئا من ذلك بعد التحريم إلا بفرض واجب وهذا

---

(١) النبذة الكافية في أصول أحكام الدين للامام الجليل المجتهد ابن حزم الأندلسي ص ٤٣ — ٤٤ نشر مكتبة الكليات الأزهرية .

(٢ ، ٣) المصدر السابق ص ٤٤ ، ٧١

اذا كان مع ذلك قرينة أمر ، مثل أن يخبر النبي صلى الله عليه وسلم أن من فعل كذا فعليه كذا وكذا ، و عاقبوا من فعل كذا ، ثم يفعل هو عليه السلام به فعلا ما فهو فرض . فإنه بيان لأمر . أما لو خلا من الأمر فإن فعله صلوات الله عليه وسلامه هو إباحة بعد التحريم فقط لأننا على يقين من خروجه عن التحريم إلى الإباحة ، وعلى شك من وجوبه .

الدليل : استدل الظاهرية على ان أفعال النبي صلى الله عليه وسلم تدل على أن اتيان الفعل هو بطريق الندب لا الوجوب إلا إذا وجدت قرينة تصرفه إلى الوجوب وهي اذا كان فعله صلى الله عليه وسلم بيانا لأمر أو تنفيذا لحكم أو وجدنا مايدل على ان فعله صلى الله عليه وسلم بمثابة أمر بالإتيان كما سبق بيان ذلك واستدل الظاهرية لذلك فقالوا :

١ — قول النبي صلى الله عليه وسلم « لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم بالسواك لكل صلاة » وكان هو عليه السلام يكثر السواك فنص صلى الله عليه وسلم على أنه لو أمرهم بذلك لوجب ولشق عليهم ، وأنه اذا لم يأمرهم لم يجب عليهم فعله .

٢ — ما روى انه صلى الله عليه وسلم خطب في اصحابه فقال : « يا أيها الناس قد فرض عليكم الحج فحجوا » فقال رجل : أكل عام يا رسول الله ؟ قال : فسكت وقد قالها ثلاثا — فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لو قلت نعم لوجبت ولما استطعتم ، ذروني ما تركتكم ، فإنما هلك من كان قبلكم بكثرة سؤالهم واختلافهم على أنبيائهم فإذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم ، وإذا نهيتكم عن شيء فدعوه » (١)

---

(١) المصدر السابق

رأى الإمام الشاطبي : قال الإمام الشاطبي في موافقاته[1] :

المباح من حيث هو مباح ، لا يكون مطلوب الفعل ، ولا مطلوب الاجتناب أما كونه ليس بمطلوب الاجتناب فلأمور :

أحدها : أن المباح عند الشارع ، هو المخير فيه بين الفعل والترك ، من غير مدح ولا ذم ، لا على الفعل ولا على الترك فاذا تحقق الاستواء شرعا والتخيير ، لم يتصور أن يكون التارك به مطيعا ، لعدم تعلق الطلب بالترك ، فان الطاعة لا تكون إلا مع الطلب ، ولا طلب ، فلا طاعة .

والثاني : أن المباح مساو للواجب والمندوب ، في أن كل واحد منهما غير مطلوب الترك فكما يستحيل أن يكون تارك الواجب والمندوب مطيعا بتركه شرعا لكون الشارع لم يطلب الترك فيهما — كذلك يستحيل أن يكون تارك المباح مطيعا شرعا .

وقال الشاطبي : لا يقال : إن الواجب والمندوب يفارقان المباح لأنهما مطلوبا الفعل ، فقد قام المعارض لطلب الترك . وليس المباح كذلك فانه لا معارض لطلب الترك فيه .

أي أن الأمر في الفعل أو الترك مستويان بالنسبة للمباح بعكس الواجب أو المندوب فافترق المباح عن الواجب والمندوب من هذه الجهة .

وقال الشاطبي : لا يقال ذلك ولا يعترض به علينا لأن المباح فيه معارض لطلب الترك وهو التخيير في الترك فيستحيل الجمع بين طلب الترك لزعينا ، وبين التخيير فيه[2]

(١ ، ٢) الموافقات للشاطبي ج ١ ص ١٠٩ — ١١٢ .

الثالث : ومما يدل على أن المباح من حيث هو مباح لايكون مطلوب الترك .

هو أن النذر إنما يكون فى الطاعة فقد قال صلوات الله وسلامه عليه ومن نذر أن يطيع الله فليطعه ، ومن نذر أن يعصى الله فلا يعصه »[1] وتأسيسا على أن النذر إنما يكون فى الطاعات أجمع المسلمون على أن ناذر ترك المباح لايلزمه الوفاء بنذره بأن يترك ذلك المباح بل يعتبر نذره لغوا فلو كان تركالمباح طاعةوداخلا فيما يطلب بالحديث الوفاء به لم يجمع المسلمون على أن ناذر ترك المباح لايلزمه الوفاء بنذره فدل ذلك على أن اجتناب المباح ليس بطاعة .

وقال الشاطبى : أن مالكارضى الله عنهقدفسرحديث رسول الله صلى اللهعليه وسلم الذى فيه « أن رجلا نذر أن يصوم قائما ولا يستظل فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يتم ما كان لله طاعة . ويترك ما كان لله معصية » فقد قال مالك إن الرسول صلى الله عليه وسلمقدأمر الصحابى المذكور : أن يتم ما كان للهطاعة ، ويترك ما كان لله معصية وبذلك جعل نذر ترك المباح معصية لاطاعة .

الرابـــع : كذلك مايدل على أن ترك المباح ليس طاعة لله تعالى وأن تاركه ليس مطيعا بتركه أننا لو اعتبرنا الترك للمباح طاعة والمفروض أن المباح عند الشارع مااستوى فعله وتركه للزم أن يكون تارك المباح أرفع درجة عند الله ممن يأتيه ويفعله ، وهذا باطل قطعا لأن القاعدة المتفق عليها أن الدرجات فى الآخرة منزلة على أمور الدنيا فاذا تحقق الاستواء فى الدرجات وأن فعل المباح وتركه متساويان لدى الشارع فيلزم من ذلك تساوى درجة فاعل المباح وتاركه وأن كلا منهما مطيع فالقول بأن ترك المباح طاعة هو قول باطل لأنه يؤدى إلى تناقض وهو اعتبار الشارع تارك المباح وفاعله متساويان درجة عنده .

(١) راجع التيسير فى باب النذر .

ويزاد على ما تقدم : أنه لو كان ترك المباح طاعة لزم رفع المباح من أحكام الشرع من حيث النظر إليه فى نفسه وهو باطل بالإجماع .

ويضاف إلى كل ذلك أن الترك هو فعل من الأفعال الداخلة تحت اختيار المكلف فترك المباح إذا هو فعل مباح ، والقاعدة أن الاحكام إنما تتعلق بالاعمال أو بالتروك ،أو بالمقاصد ، وهذا يستلزم رجوع الترك إلى الاختيار كالفعل فلو جاز أن يكون تارك المباح مطيعا بنفس الترك جاز أن يكون فاعله مطيعا وذلك تناقض محال[1].

رد اعتراضات : وذكر الشاطبى الاعتراضات الموجهة إلى القول بأن تارك المباح ليس مطيعا بتركه ثم رد عليها فقال :

فإن قيل : إن فعل المباح قد يكون سببا فى مضار كثيرة منها أن فيه اشتغالا عما هو الأهم فى الدنيا من العمل بنوافل الخيرات وصدا عن كثير من الطاعات ، كما أن فعل المباح قد يتسبب فى أن المكلف ربما يترك الواجبات بل وربما يكون ذلك وسيلة إلى إتيان الممنوعات ، لأن التمتع بالدنيا له ضراوة كضراوة الخمر .

الرد على الشبهة السابقة : ويرد على ماذكر : بأن هذا الكلام مردود لأن المسألة هى فى المباح من كونه متساوى الطرفين لا من حيث أنه وسيلة أو ذريعة إلى أمر آخر ، فاذا كان المباح ذريعة إلى ممنوع صار ممنوعا من باب سد الذرائع ، لا من جهة كونه مباحا .

على أن المباح إذا نظر إليه باعتباره وسيلة فليس تركه أفضل فى كل الحالات فقد يكون تركه أفضل إذا كان ذريعة إلى منهى عنه ، أما إذا كان ذريعة إلى مأمور به فيأخذ حكم ماتوصل به إليه . أما المباح الذى لا يكون ذريعة إلى شىء فهو المباح المطلق .

---

(١) الموافقات للشاطبى جـ ١ ص ١٠٦ — ١١٥

وقال الشاطبي : إذا اعترض علينا بأن ترك المباح طاعة على الإطـــلاق لأنه وسيلة إلى ماينهى عنه فإن هذا القول يرد عليه بأنه يمكن أن يقال أيضا إن فعل المباح طاعة على الإطلاق ، لأن كل مباح ترك حرام ، فالمكلف عند ترك فعله قد ترك بذلك المحرمات إذ شغل نفسه بالمباحات عن غيرها بل هذا القول أولى من القول بأن ترك المباح طاعة باطلاقه لأن الكلية تصح فى الثانى . إذ لا يصح أن يقال : كل مباح وسيلة إلى محرم أو منهى عنه على الإطلاق . ويصح أن يقال كل مباح ترك حرام . وعلى هذا لايكون ترك المباح طاعة . . .

الاعتراض الثانى:قال الشاطبي : وقد يعترض على قولنا بأن ترك المباح ليس طاعة بأن هذا يخالف ما كان عليه السلف الصالح من الصحابة والتابعين ، والعلماء المتقين ، فإنهم تورعوا عن المباحات كثيرا ، وذلك منقول عنهم تواترا ، كتركهم الترفه فى المطعم ، والمشرب ، والمركب ، والمسكن . وأعرقهم فى ذلك عمر ابن الخطاب ، وأبو ذر . وسلمان ، وأبو عبيدة بن الجراح ، وعلى بن أبى طالب ، وعمار ، وغيرهم رضى الله عنهم . فقد ترك هؤلاء المباح من حيث هو مباح ولو كان ترك المباح غير طاعة ما تركوه .

والجواب عن ذلك من أوجه :

أحدها :إن هذه حكايات أحوال . والاحتجاج بها من غير بحث فى ظارو فها لا يجدى فقد يكون تركهم إتيان المباحات لا لأنها مباحات بل لمقصد آخر والاحتجاج بحكايات الاحوال بمجردها ليس بحجة .

وفضلا عما ذكر فهى معارضة بمثلها فى النقيض فقد كان عليه السلام يحب الحلو والعسل ، ويأكل اللحم ويختص بالذراع ، وكانت تعجبه ، وكان يستعذب له الماء ، وينقع له الزبيب والتمر ، ويتطيب بالمسك ، ويحب النساء .

ونقل عن كثير من الصحابة والتابعين ، والعلماء المتقين اتيانهم لكثير من المباحات مما يقتضى أن ترك المباح عندهم كان غير مطلوب .

فالصحابة ومن بعدهم لم يكونوا تاركين للمباحات أصلا ، ولو كان ترك المباحات مطلوبا . لعلموه قطعا واعملوا بمقتضاه مطلقا من غير استثناء ، لكنهم لم يفعلوا فدل ذلك على أن ترك المباحات غير مطلوب . بل الله أراد بعضهم أن يترك شيئا من المباحات فنهوا عن ذلك .

وهم رضوان الله تعالى عليهم إذا ثبت أنهم تركوا بعض المباحات فانما فعلوا ذلك لكون ماتركوه مباحا فقط بل لمقصد آخر كطلب الثواب على تعذيب النفس أو منعها ماتريده وحرمانها تأديبا لها وتهذيبا . أو لأن ماتركوه هو ذريعة إلى منهى عنه ، أو لأن بعضهم قد ترك المباح ، لتخيله أن فيه إشكالا وشبهة ومن ذلك مايروى « كنا ندع مالابأس به حذرا لما به البأس » فهم لم يتركوا أكل مالابأس به ، وإنما تركوا ماخشوا أن يفضى بهم إلى مكروه أو ممنوع .

وقد يكون تركهم المباح لأنه مانع من عبادات أو حائل دون خيرات فيتركونه ليمكن الإتيان بما يثاب عليه ، من باب التوصل إلى ماهو مطلوب كما كانت عائشة رضى الله عنها يأتيها المال العظيم الذى يمكنها به التوسع فى المباح فتتصدق به . وتفطر على أقل ماتقوم به النفس ، ولم يكن تركها رضوان الله عليها التوسع فى المباح من حيث كان الترك مطلوبا .

وقد يكون ترك المباح من قبل هؤلاء الصحابة ومابعدهم لأنهم لم تحضرهم نية فى تناوله ، إما للعون به على طاعة الله ، أو لأنه يحب أن يكون عمله كله خالصا لله لايلوى فيه على حظ نفسه من حيث هى طالبة له ، فان من خاصة عباد الله من لا يحب أن يتناول مباحا لكونه مباحا ، بل يتركه حتى يجد لتناوله قصد عبادة أو عونا على عبادة .

وقد يكون سبيل ترك المباح ، مايراه بعضهم من أن تناول المباح فيه إسراف ،

والاسراف مذموم وليس فى الإسراف حد يوقف دونه ، كما فى الاقتار . فيرى بعضهم بعض المباحات بالنسبة لحاله داخلة تحت « الاسراف » فيتركها لذلك . وهكذا[1].

الاعتراض الثالث قال الشاطبي : وقد يعترض علينا بأن القول بأن ترك المباح ليس طاعة قول يخالف ما ثبت من فضيلة الزهد فى الدنيا ، وترك لذاتها وشهواتها وهو مما اتفق على مدح صاحبه شرعا ، وذم تاركه على الجملة حتى قال الفضيل ابن عياض : « جعل الشر كله فى بيت وجعل مفتاحه حب الدنيا وجعل الخير كله فى بيت ، وجعل مفتاحه الزهد » .

وقال الكتانى الصوفى : « الشيء الذى لم يخالف فيه كوفى ، ولا مدنى ولا عراقى ، ولا شامى الزهد فى الدنيا ، وسخاوة النفس ، والنصيحة للخلق » : قال القشيرى : يعنى أن هذه الاشياء لا يقول أحد إنها غير محمودة .

والأدلة من الكتاب والسنة على مدح الزهد لا تكاد تنحصر والزهد حقيقة انما هو فى الحلال أما الحرام فالزهد فيه لازم من أمر الإسلام ، عام فى أهل الإيمان ، ليس مما يتجارى فيه خواص المؤمنين مقتصرين عليه فقط ، وإنما تجاروا فيما صاروا به من الخواص ، وهو الزهد فى المباح ، فأما المكروه فذو طرفين ، وإذا ثبت هذا فمحال عادة ان يتجاروا فيه هذه المجاراة وهو لا فائدة فيه ، ومحال أن يمدح شرعا مع استواء فعله وتركه .

الجواب عن هذا الاعتراض وقد أجابهم الشاطبي عن هذا الاعتراض فقال ان الزهد غير المباح لأن الزهد ـ فى الشرع ـ مخصوص بما طلب تركه حسبما يظهر من الشريعة ، فالمباح خارج عن دائرة الزهد وإطلاق لفظ الزهد على ترك الحلال هو من قبيل المجاز لا الحقيقة .

وأجاب الشاطبي ايضا عن الاعتراض المذكور فقال : إن أزهد البشر صلوات الله وسلامه عليه لم يترك الطيبات جملة إذا وجدها ، وكذلك من جاء بعده من الصحابة والتابعين مع تحققهم فى مقام الزهد .

---

(١) الموافقات للشاطبي ج ١ ص ١٢٠ — ١٢٢

وأيضا فترك المباحات اما ان يكون اقصداً أو بغير قصد ، فإن كان بغير قصد ، فلا اعتبار به ، بل هو غفلة لا يقال فيه « مباح » فضلا عن أن يقال فيه « زهد » وإن كان ترك المباح بقصد فاما أن يكون القصد مقصوراً على كونه مباحا (وهذا محل النزاع) او لأمر خارج ،فان كان ذلك الأمر دنيويا كالمتروك فهو انتقال من مباح إلى مثله لازهد ، وإن كان ذلك الأمر أخرويا وكان الترك وسيلة إلى ذلك المطلوب الأخروى فهو فضيلة من جهة ذلك المطلوب لا من جهة مجرد الترك وهذا لانزاع فيه — والزهد لا يتعلق بالمباح من حيث هو مباح على حال.

وعلى هذا فسر الغزالى الزهد فقال الزهد هو عبارة عن انصراف الرغبة عن الشيء إلى ما هو خير منه . وفسر ذلك فقال : « ولما كان الزهد رغبة عن محبوب بالجملة ، لم يتصور إلا بالعدول إلى شيء هو أحب منه ، وإلا فترك المحبوب لغير الأحب محال . . . »[1]

المباح غير مطلوب الفعل:

قال الشاطبي : والمباح غير مطلوب الفعل كما أنه غير مطلوب الترك فالشارع لا قصد له فى فعل المباح دون تركه ، ولا فى تركه دون فعله ، بل قصده جعله لخيرة المكلف ، فما كان من المكلف من فعل أو ترك فذلك قصد الشارع بالنسبة إليه ، فصار الفعل والترك بالنسبة إلى المكلف ، كخصال الكفارة أيها فعل فهو قصد الشارع لا لأن للشارع قصدا فى الفعل بخصوصه ولا فى الترك بخصوصه .

اعتراضات أخرى : وقد اعترض بعض الفقهاء على القول بأن المباح هو ما يستوى فيه الفعل والترك فقالوا إن هذا القول ليس صحيحا على اطلاقه بدليل أنه قد جاء فى بعض المباحات ما يقتضى قصد الشارع إلى فعله على الخصوص ، وإلى تركه على الخصوص فمثلا : ورد فى القرآن الكريم والسنة النبوية عدة نصوص آمرة فى بعض أمور مباح اتيانها كما وردت عدة نصوص ناهية عن إتيان بعض المباحات فمن ذلك :

---

(١) المصدر السابق

الأمر بالتمتع بالطيبات ، كقوله تعالى : « ياأيها الناس كلوا مما فى الأرض حلالا طيبا »(١) وقوله : « يا أيها الذين آمنوا كلوا من طيبات مارزقناكم واشكروا لله »(٢) وقوله : «ياأيها الرسل كلوا من الطيبات واعملوا صالحا » إلى أشباه ذلك مما دل الأمر به على قصد الاستعمال

ومن ذلك أن الله تعالى أنكر على من حرم شيئا مما بثه فى الأرض من الطيبات وجعل ذلك من أنواع ضلالهم فقال تعالى (قل من حرم زينة الله التى أخرج لعباده والطيبات من الرزق ، ؟ قل هى للذين آمنوا فى الحياة الدنيا خالصة يوم القيامة) أى خلقت لهم ولأجلهم لاتباعة فيها ولا اثم — وهذا النص ظاهر فى القصر إلى استعمال وإتيان ما خلق الله للعباد فى هذه الدنيا من طيبات الرزق والحث على عدم تركها .

وقال هؤلاء الفقهاء ان النعم المبسوطة فى الأرض لتمتعات العباد والتى امتن الله بها على عباده فى قوله (كلوا من الطيبات واعملوا صالحا) قد فهم ان القصد من خلقها لأجل العباد وهو تنعمهم بها بقيد شكرهم للنعم بها عليهم وهذا يفيد قصد الشارع إلى اتيان هذا المباح دون تركه .

كذلك يفهم من النصوص ان النعم التى خلقها الله لعباده هى هدايا منه جل وعلا لهم ولا يليق بالعبد المنعم عليه عدم قبول هدية سيده ومولاه بل ان محاسن العادات تقتضى قبول المهدى إليه الهدية سيما وقصد الشارع ان تقبل هدية الله لعباده ويدل لذلك حديث ابن عمر وابيه عمر فى مسألة قصر الصلاة حيث قال عليه السلام « انها صدقة تصدق الله بها عليكم فاقبلوا صدقته »(٣) وزاد فى حديث ابن عمر المرفوع عليه «أرأيت لو تصدقت بصدقة فردت عليك؟ ألم تغضب ؟»(٤).

---

(١) الآية رقم ١٦٨ من سورة البقرة (٢) الآية رقم ٨٨ من سورة المائدة

(٣) ذكر الحديث فى المشكاة عن مسلم بإسقاط لفظ (إنها) ولذلك ذكره فى نيل الأوطار بغير (إنها) عن الجماعة الا البخارى .

(٤) رواه أحمد والبيهقى عن ابن عمر ، والطبرانى عن ابن عباس مرفوعا

وفى الحديث « إن الله يحب أن تؤتى رخصه كما أن تؤتى عزائمه[١] » وغالب الرخص فى نمط الإباحة نزولا عن الوجوب كالفطر فى السفر أو نزولا عن التحريم كما قالت طائفة فى قوله تعالى « ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات»[٢] وإذا تعلقت المحبة بالمباح كان راجح الفعل . كل ذلك يدل على ان المباح لا يستوى فيه الفعل والترك فى كل الحالات بل قد يكون الفعل ارجح من الترك وقد يكون العكس وفى الحالات السابقة كان المباح فعله أرجح من تركه

وقد وردت نصوص دالة على ان المباح تركه أفضل من فعله من ذلك ماورد من ذم التنعمات والميل إلى الشهوات على الجملة ، وعلى الخصوص قد جاء ما يقتضى تعلق الكراهة فى بعض ما ثبتت له الإباحة ، كالطلاق السنى وهو الطلاق الذى رسمته السنة النبوية بأن يطلق الرجل زوجته طلقة واحدة فى طهر لم يجامعها فيه ولم يمسها فيه ، فقد جاء فى الحديث وان لم يصح « أبغض الحلال إلى الله الطلاق » ولذلك لم يأت صيغة أمر فى القرآن ولا فى السنة كما جاء فى التمتع بالنعم ، وإنما جاء مثل قوله تعالى . « الطلاق مرتان[٣] » وقوله « فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » ، وقوله « ياأيها النبى اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن » وقوله (ص) « كل لهو باطل إلا ثلاثة » .

فهذه النصوص تجعل جهة البغض فى المباح مرجوحة فيما ذكر ، أى ترك اتيانه أفضل وارجح من اتيانه . وان قصد الشارع تارة يتعلق باتيان المباح وتارة يتعلق بتركه وهذا يدل على أن المباح يتعلق به الطلب فعلا وتركا دون حاجة إلى أمر زائد يرجح هذا أو ذاك فلا يصلح ما ذكر دافعا لهذه الاعتراضات وما سبقها فى هذا الموضوع .

الجواب وقد أجاب الشاطبى على الاعتراضات المتقدمة فقال :

---

(١) رواه أبو داود (٢) الآية رقم ١٢٥ من سورة النساء .

(٣) الآية رقم ٢٢٩ من سورة البقرة

والجواب من وجهين : أحدهما إجمالى ، والآخر تفصيلى .

فالإجمالى : أن يقال : إذا ثبت أن المباح عند الشارع هو المتساوى الطرفين فكل ما ترجح أحد طرفيه فهو خارج عن كونه مباحا ، إما لأنه ليس بمباح حقيقة ، وإن أطلق عليه لفظ المباح ، وإما لأنه مباح فى أصله ثم صار غير مباح لأمر خارجى ، وقد يسلم بأن المباح يصير غير مباح بالمقاصد ، والأمور الخارجة . وما ذكر من أمور مباحة قصد الشارع إلى ترجيح فعلها أو إلى ترجيح تركها يكون خارجا عما ذكرناه بالنسبة لتحديد المباح .

وأما التفصيل فإن المباح ضربان :

١ — أحدهما أن يكون خادما لأصل ضرورى أو حاجى ، أو تكميلى

٢ — والثانى أن لا يكون كذلك

فالأول قد يراعى من جهة ما هو خادم له ، فيكون لذلك مطلوبا ومحبوبا فعله ، فالتمتع بما أحل الله من المأكل والمشرب ونحوها ، مباح فى نفسه باعتبار انه يخدم ضروريا وهو إقامة الحياة يخدم هذا المباح من المأكل والمشرب امرا كليا وهو الحفاظ على النفس ويكون مطلوبا ومأمورا به محبوبا ومعتبرا من هذه الجهة الكلية ، فالأمر به راجع إلى هذه الحقيقة الكلية لا إلى اعتباره الجزئى ، ومن هنا يصح كونه هدية يليق فيها القبول دون الرد ، لا من حيث هو جزئى معين .

والثانى أن يكون المباح خادما لما ينقض أصلا من الأصول الثلاثة المعتبرة أولا يكون خادما لشيء ما ، كالطلاق فانه ترك للحلال الذى هو خادم لكلى هو إقامة النسل فى الوجود ، والإقامة فى الوجود أمر ضرورى ، والحفاظ على الضروريات من مقاصد الشرع كما ان الحفاظ على الحاجيات والتحسينيات من مقاصده أيضا فاذا كان اطلاق طريقا لما ينقض هذه الامور المعتبرة شرعا كان بهذا بغيضا ولم يكن فعله أولى من تركه ، الا لضرورة ملحة كالشقاق بين الزوجين وعدم القدرة على اقامة حدود الله فهو فى هذه الجزئية يكون مباحا وحلالا . وهكذا يمكن القول فيما جاء من ذم الدنيا واللهو واللعب والفراغ من كل

شغل إذا لم يكن فى محظور ، أو لا يلزم عنه محظور فهو مباح ولكنه مذموم ولم يرضه العلماء ، بل كانوا يكرهون أن لايرى الرجل فى اصلاح معاشه ولا فى اصلاح معاده وعللوا ذلك بأن فى ذلك قطع زمان فيما لا يترتب عليه فائدة دنيوية ولا أخروية . وورد فى القرآن ما يفيد ذلك قال تعالى « ولا تمش فى الأرض مرحا » وفى الحديث الشريف « كل لهو باطل إلا ثلاثة » ويعنى بكونه باطلا أنه عبث أو كالعبث ، ليس فيه فائدة ولا ثمرة تجتنى ، واستثنى من هذا اللهو الباطل ما يخدم اصلا وهو اللعب مع الزوجة فانه مباح يخدم ضروريا وهو النسل ، وتأديب الفرس واللعب بالسهام فهما يخدمان أصلا تكميليا وهو الجهاد ولذا استثنيت هذه الثلاثة من اللهو الباطل . . وبهذا كله يبين أن المباح من حيث هو مباح غير مطلوب الفعل ولا الترك بخصوصه(١)

رأى الباجى عرف القاضى أبو الوليد الباجى المباح بأنه ما ثبت من جهة الشرع ثواب فى فعله ، ولا عقاب فى تركه من حيث هو ترك له على وجه ما (٢) .

وشرح تعريفه المذكور فقال :

قولنا « ما ثبت من جهة الشرع » مبنى على ما ذهب إليه أهل الحق من أن الإباحة ، والحظر ، والوجوب ، أحكام شرعية ، ليس للعقل فيها مجال ، ولا لثبوتها تعلق به وإنما ذلك بحسب ما ورد به الشرع ، ولذلك قلنا إن المباح ما علمت بالشرع صفاته التى هو عليها من الا ثواب فى فعله ، وبهذا يتميز من الواجب والمندوب إليه ، لأن فى فعلهما ثوابا ، ويشارك المندوب إليه فى أن لا عقاب فى تركه وبذلك يتميزان من الواجب .

---

(١) الموافقات للشاطبى ج ١ ص ١٢٩ — ١٣٠

(٢) القاضى أبو الوليد الباجى هو الفقيه الأصولى ، المحدث وهو سليمان ابن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبى المالكى الأندلسى المولود فى سنة ٤٠٣ هـ الموافقة لسنة ١٠١٢ والمتوفى حسب الروايات الصحيحة سنة ٤٧٤ هـ لسنة ١٠٨١ راجع ترجمة الباجى فى : الضبى ، ابن خلكان ، المقرى ، ابن فرحون ، ابن عساكر ، ياقوت ، ابن بشكوال : ابن خاقان ، الذهبى ، ابن العماد .

وقولنا : « من حيث هو ترك له » نريد بذلك أن ترك المباح من الجلوس إلى مشى أو إلى وقوف مباح فلا إثم عليه ولو تركه إلى قربة لكان فى تركه ثوابا ، من حيث فعل القربة ، لا من حيث ترك المباح ، ولو تركه إلى مشى فى معصية لكان فى مشيه عقاب ، لا من حيث ترك الجلوس المباح ، ولكن من حيث فعل المشى المحظور[1] .

أقسام الإباحة :

قال الشاطبى : إن الإباحة بحسب الكلية والجزئية يتجاذبها الأحكام البواقى فالمباح يكون مباحا بالجزء ، مطلوبا بالكل على جهة الندب ، أو الوجوب ، ومباحا بالجزء ، منهيا عنه بالكل على جهة الكراهة ، أو المنع ، فهذه أربعة أقسام :

فالأول : كالتمتع بالطيبات من المأكل والمشرب ، والمركب ، والملبس مما سوى الواجب من ذلك والمندوب المطلوب فى محاسن العادات ، أو المكروه فى محاسن العادات مما لا إسراف فيه فهو مباح بالجزء فلو ترك بعض الوقت مع القدرة عليه لكان جائزا كما لو فعل ، فلو ترك جملة لكان على خلاف ما ندب الشرع إليه ففى الحديث : « إذا أوسع الله عليكم فأوسعوا على أنفسكم » وإن الله يحب أن يرى أثر نعمته على عبده » وقوله : « إن الله جميل يحب الجمال » بعد قول الرجل : إن الرجل يحب أن يكون ثوبه حسنا وفعله حسنا ، وهكذا لو ترك الناس كلهم ذلك لكان مكروها أى أن ما ذكر من التمتع بالطيبات هو من قبيل المباح بالجزء مندوب بالكل فى حق الشخص الواحد بعينه لكن لو تركه الناس جميعا لكان ذلك مكروها .

الثانى وهو المباح بالجزء المطلوب بالكل على جهة الوجوب كالأكل والشرب ووطء الزوجات ، والبيع ، والشراء ، ووجوه الاكتسابات الجائزة كقوله تعالى :

---

(١) راجع رسالة فى الحدود للقاضى أبى الوليد الباجى المنشورة فى صحيفة المعهد المصرى للدراسات الاسلامية بمدريد سنة ١٩٥٤ .

(وأحل الله البيع وحرم الربا) وقوله جل وعلا (أحل لكم صيد البحر وطعامه) وقوله (أحلت لكم بهيمة الأنعام) وكثير من ذلك فكل هذه الأشياء مباحة بالجزء ، أى إذا اختار أحد هذه الأشياء على ما سواها فذلك جائز ، أو تركها الرجل فى بعض الأحوال أو الأزمان ، أو تركها بعض الناس لم يقدح ذلك لكن لو تركها الناس كلهم لكان تركا لما هو من الضروريات المأمور بها ، فكان الدخول فيها واجبا بالكل[1]

الثالث وهو المباح بالجزء المنهى عنه بالكل على جهة الكراهة مثل التنزه فى البساتين ، وسماع تغريد الحمام ، والغناء المباح ، واللعب المباح بالحمام أو غيرها ، فهذه الأمور وأمثالها أمور مباحة بالجزء فإذا أتاها مكلف فى يوم ما من الأيام ، أو حالة من الحالات فإنه لا حرج فى ذلك . لكن إن أتاها دائماً كان ذلك مكروهاً ، ونسب فاعله إلى قلة العقل ، وإلى خلاف محاسن العادات ، وإلى الإسراف فى فعل ذلك المباح[2] .

الرابع : القسم الرابع من أقسام الإباحة هو المباح بالجزء المنهى عنه بالكل على جهة المنع ، وذلك كالمباحات التى تقدح فى العدالة المداومة عليها ، وإن كانت مباحة فإنها لا تقدح إلا بعد أن يعد صاحبها خارجا عن هيئات أهل العدالة ، وأجرى صاحبها مجرى الفساق ، وإن لم يكن كذلك ، وما ذلك إلا لذنب اقترفه شرعا .

قال الغزالى : إن المداومة على المباح قد تصيره صغيرة ، كما أن المداومة على الصغيرة تصيرها كبيرة . ومن هنا قيل : لاصغيرة مع الإصرار[3].

وهكذا ترى أن المباحات تكون مباحة بالجزء ولا تكون مباحة بالكل بل هى بالنسبة للكل إما مطلوبة أو غير مطلوبة فالأكل مباح بالجزء مطلوب

(١ ، ٢ ، ٣) الموافقات للشاطبى جـ ١ ص ١٢٨ - ١٣٢ .

بالكل ، والزواج مباح بالجزء مطلوب بالكل فلا يصح أن يكون جميع المسلمين غير متزوجين وهكذا . . .

رأى الآمدى قال الآمدى :

اختلف فى المباح هل هو داخل فى مسمى الواجب أم لا ؟ .

وحجة من قال بالدخول فى مسمى الواجب هى : إن المباح ما لا حرج على فعله وهذا المعنى متحقق فى الواجب ، فالواجب لا حرج على فعله على جهة الجزم والحتم فالزيادة التى اختص بها الواجب لا تمنع من أن يكون مشتركا مع المباح فى أن كلا منهما لا حرج على فعله .

حجة من يرى أن المباح ليس داخلا فى مسمى الواجب : حجة من قال بالتباين هى أن المباح ما خير فيه بين الفعل والترك بالقيود التى سبق ذكرها فى تعريف المباح ، وهذا التحديد للمباح لا يتحقق فى الواجب .

قال الآمدى : وهذا هو الحق ، ثم دافع عن ذلك فقال :

فإن قيل : العادة مطردة بإطلاق الجائز على الصلاة الواجبة ، والصوم الواجب فيقال : صلاة جائزة ، وصوم جائز ، وهذا يدل على أن مفهوم الجائز أى المباح متحقق فى الواجب ، إذ لو لم يكن مفهوم المباح متحققا فى الواجب للزم من ذلك أما الاشتراك ، وأما التجوز وهذا خلاف الأصل[1] .

والجواب عن هذا الاعتراض هو أن إطلاق المباح على الواجب كما ذكر لو فرض أنه إطلاق من قبيل الحقيقة فإنه لا يدل على أن المباح مشترك مع الواجب اشتراكا حقيقيا بل الاشتراك هنا هو فى نفى الحرج عن الفعل بدليل البحث والسبر ، على أن العادة مطردة باطلاق الجائز على كل ما انتفى الحرج عن

---

(١) الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى جـ ١ ص ٩٦ .

تركه ، ولهذا يقال : المحرم جائز الترك وبالتروى والبحث الدقيق نجد أن هذا الإطلاق لا يفيد أن تعريف المباح بقيوده غير متحقق هنا . ولذا كان إطلاق اسم الجائز على ترك المحرم هو إطلاق مجازى لا حقيقى(١) .

المباح من أقسام الحكم التكليفى : يرى بعض العلماء أن المباح ليس داخلا تحت التكليف لأن التكليف إنما يكون بطلب ما فيه كلفة ومشقة فيقال كلفتك عظيما ، أى حملتك ما فيه كلفة ومشقة ، وهذا غير متحقق فى المباح فالمباح لا طلب فيه ولا كلفة لكون المكلف فيه مخيرا بين الفعل والترك .

وخالف فريق آخر فى ذلك وقالوا إن المباح داخل تحت التكليف بالنسبة إلى وجوب اعتقاد كونه مباحا ، والوجوب من خطاب التكليف . أما بالنسبة إلى أصل الفعل فهو غير داخل تحت التكليف .

قال الآمدى والحق أن الخلاف فى هذه المسألة هو لفظى فقط(٢) .

رأى الكعبى نفى الكعبى وهو من علماء المعتزلة وجود المباح فى أحكام الشرع وقرر أنه لا شىء فى الأحكام الشرعية يتخير فيه المكلف بين الفعل والترك فالأمور إما أن تكون مطلوبة من الشارع ، أو منهيا عنها ، ولا شىء يتساوى وجوده وعدمه فى نظر الشارع وفى فعل المكلف من حيث ضرره على المكلف ونفعه له . وما دام الضرر والنفع لا يتساويان ، والشارع يطلب الأكثر نفعا ، ويمنع الأكثر ضررا ، فانه بلا شك لا يمكن أن يكون المباح الذى يتساوى وجوده وعدمه ، أو لا يقتضى مدحا ولا ذما ، أو يتساوى لدى الشارع فعله وتركه فالأكل مثلا مطلوب بالقدر الذى يقيم الأود ، ولا يعرض الجسم للتلف وتركه فى موضع النهى إن أدى الترك إلى شىء من ذلك ، وهكذا نرى أن كل ما يعد مباحا لابد وأن يترجح فيه جانب نفع ، أو جانب ضرر .

---

(١) المصدر السابق ذات الجزء والصحيفة.

(٢) راجع ما كتبناه فى ذلك فى هذا الكتاب نقلا عن صاحب الموافقات جـ فى مبحث المباح . راجع الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى جـ ١ ص ٩٦ وما بعدها ـ وراجع التفتازانى وحواشيه جـ ١ ص ٢٢٤ وما بعدها .

وقال الكمي : إن أحكام الشارع تتبع نيات الشخص وكل فعل من الأفعال يكون له مقصد خاص إما طلب الثواب ، وإما تجنب العقاب ، وهو بهذه النية مثوب ، إن خيرا فخير ، وإن شرا فشر ، وإن حكم الشارع على أفعال المكلفين بالقبول والرد يشبه الحكم الخلقي ، يتجه دائماً إلى المقصد والنية ، وعلى حسب المقاصد تكون أحكام الشارع بالطلب أو الكف .

تنبيــــه : رد الإمام الشاطبي على هذا الكلام وأبان أن التخيير قائم مع كل الأدلة التي ساقها الكمي ومن جرى مجراه وسار على طريقته ، فالأكل مثلا مطلوب ، ولكن تخير النوع فيه متسع للاختيار والإباحة (١) .

---

(١) نفس المرجع السابق .

العزيمة والرخصة

المعنى اللغوى :

العزيمة فى اللغة هى القصد المؤكد ، قال تعالى « ولقد عهدنا إلى آدم من قبل فنسى ولم نجد له عزما » [١] اى قصدا بليغا ، وسمى بعض الرسل بأولى العزم لتأكد قصدهم فى طلب الحق .

والرخصة فى اللغة هى اليسر والسهولة يقال : رخص السعر إذا تراجع وسهل ، وفى لسان العرب الرخصة فى الأمر خلاف التشديد[٢]

المعنى الاصطلاحى :

عرف الاصوليون العزيمة بأنها الحكم الذى شرعه الله تعالى ابتداء ملزما به عباده . أى أنه الحكم الذى شرع تشريعا عاما لكل المكلفين ، وفى جميع الأحوال كالصلاة والصيام ، والزكاة ، والحج ، والجهاد ، وغير ذلك من الأحكام التى الزم الله بها عباده وأوجب عليهم أداءها من شعائر الإسلام كالعبادات الخمس ونحوها [٣] :

قال الآمدى : والعزيمة عبارة عما لزم العباد بالزام الله تعالى وعرف الأصوليون الرخصة بأنها الحكم الذى شرعه الله تعالى على خلاف الدليل توسعة على المكلف لعذر بلغ حد الضرورة ، أو الحاجة ، كاباحة الأكل من الميتة عند الضرورة فإنه شرع توسعة على العباد عند المخمصة . وكاباحة الفطر فى رمضان للصائم المسافر فيه .

وأما مالم يوجبه الله تعالى علينا من التكاليف ، كصوم شوال ، أو صلاة

---

(١) الآية رقم ١١٥ من سوره طه .

(٢) لسان العرب جـ ٧ ص ٣٠٦ .

(٣، ٤) الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى جـ ١ ص ١٠١

الضحى ، فالرخصة ليست الحكم الأصلى . بل هى حكم جاء مانعا من استمرار الالزام فى الحكم الأصلى ، وهى فى أكثر الأحوال تنقل الحكم من مرتبة اللزوم إلى مرتبه الإباحة .

قال الآمدى والرخصة فى الشرع فقيل فى تعريفها إنها ماابيح فعلة مع كونه حراما .

وقيل : مارخص فيه مع كونه حراما . .

وقيل : ان الرخصة ماجاز فعله لعذر مع قيام السبب المحرم — واعترض الامدى على التعريفات فقال إن التعريف الأخير غير جامع ، لأن الرخصة كما قد تكون بالفعل ، قد تكون بالترك أى بترك الفعل كاسقاط وجوب صوم رمضان ، والركعتين من الرباعية فى السفر —[1] .

واختار الآمدى لتعريف الرخصة أن يقال فيه انها ماشرع من الأحكام لعذر مع قيام السبب المحرم .

وقال صاحب منهاج الوصول : الحكم إن ثبت على خلاف الدليل لعذر فرخصة كحل الميتة للمفطر ، والقصر والفطر للمسافر واجبا ومندوبا ومباحا وإلا فعزيمة [2] وشرح ذلك صاحب الابهاج فقال :

ذكر الإمام أن الرخصة ماجاز فعله مع قيام المقتضى للمنع وذلك لعذر كاحلال الميتة للمضطر وقصر الصلاة الرباعية والفطر للمسافر [3]

---

(١) المرجع السابق .

(٢) منهاج الوصول إلى علم الأصول للقاضى البيضاوى المتوفى سنة ٦١٥ .

(٣) الابهاج فى شرح المنهاج تاليف شيخ الاسلام على بن عبد الكافى السبكى المتوفى ٧٥٦ هـ وولده تاج الدين عبد الوهاب بن على السبكى المتوفى سنة ٧٧١ هـ ط ٨١ (نشر مكتبة الكليات الازهرية) .

وقال الإمام القرافي : الرخصة هي جواز الإقدام على الفعل مع اشتهار المانع منه شرعا . والمراد باشتهار المانع هو نفور الطبع الجيد السليم عند سماع قولنا أكل فلان الميتة ، أو أفطر في رمضان أو شرب الخمر للغصة . ونحو ذلك[١] .

والعزيمة هي طلب الفعل الذي لم يشتهر فيه مانع شرعي . ثم الرخصة قد تنتهي للوجوب كأكل المضطر الميتة ، وقد لا تنتهي كإفطار المسافر ، وقد يباح سببها كالسفر ، وقد لا يباح كالغصة بشرب الخمر .

وفسر الإمام فخر الدين في المحصول الرخصة بأنها جواز الإقدام مع قيام المانع[٢] وبعد كلام طويل قال القرافي :

والذي تقرر عليه حالي في شرح المحصول وههنا أني عاجز عن ضبط الرخصة بحد جامع مانع أما جزئيات الرخصة من غير تحديد فلا عسر فيه إنما الصعوبة في الحد على ذلك الوجه[٣] .

أما العزيمة فعرفها صاحب المحصول بأنها جواز الإقدام مع عدم المانع[٤] .

رأى الشيعة الإمامية : حصر العلامة جمال الدين الحلي الرخصة في الإباحة بعد المنع لوجود مانع اقتضى وقف عمل الطلب كالإفطار في رمضان للمسافر أو المريض فان الأكل مباح بعد المنع منه في نهار رمضان ، ولكن وجد مانع اقتضى وقف عمل الطلب فكان الأكل رخصة ، بخلاف الأكل في غير رمضان فانه مباح بمقتضى العزيمة وحصر بذلك العزيمة في المباح الأصلي — وهذا كله واضح من تعريف جمال الدين الحلي للعزيمة والرخصة إذ عرفهما فقال :

« الفعل قد يكون عزيمة ، وهو الجائز فعله لا مع قيام المقتضى للمنع ، ورخصة وهو الجائز مع قيام المقتضى للمنع معه ، فمباح الأصل ليس رخصة ، وتناول الميتة رخصة ، وقد تجب الرخصة كالتناول عند خوف الهلاك » .

(١ ، ٢ ، ٣ ، ٤) رجع شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول تأليف الإمام الكبير شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي المتوفى سنة ٦٨٤ هـ ص ٨٥ – ٨٧ تحقيق الأستاذ طه عبد الرءوف : نشر مكتبة الكليات الأزهرية .

أقسام الرخصة :

رأى الحنفية : قسم الحنفية الرخصة إلى قسمين هما :

١ — رخصة فعل

٢ — رخصة ترك

وهذا التقسيم هو بحسب ما جاء فى العزيمة فان كان حكم العزيمة يوجب تركا، فالرخصة رخصة فعل ، وإن كان حكم العزيمة يوجب فعلا فالرخصة رخصة ترك وبينوا هذين النوعين من الرخص فقالوا :

رخصة الفعل : هى أن يكون ثمة نهى محرم . وهو الحكم الأصلى ، ثم تكون ضرورة ، أو حاجة تسوغ فعل ما نهى عنه ، ومن الحاجة رؤية الطبيب عورة المرأة لعلاجها فان الحرج والمشقة يدفعان إلى هذه الرؤية وهى محل نهى محرم ، وهذه رخصة لا شك فيها .

صور من رخصة الفعل التى سببها الضرورة : من الترخيص فى الفعل مع أنه منهى عنه نهى تحريم لكن الضرورة دعت إلى الترخيص بفعله ما يلى :

١ — أن يكون فى الأخذ بالعزيمة تلف نفس السكوت عن الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر بالنسبة لأهل الحق وذلك فى حالة ما إذا كان الحاكم طاغيا ظالما يقتل من يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر فالتقية فى هذه الحالة جائزة ، ولكن الأخذ بالعزيمة أفضل بمعنى أن الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر أفضل ولو كان الحاكم ظالما يقتل كل من أمر بمعروف ونهى عن منكر فلقد قال النبى صلى الله عليه وسلم فى ذلك « سيد الشهداء حمزة ، ورجل قال كلمة لسلطان جائر فقتله » .

٢ — ومن الصور أيضا التى فى الأخذ بالعزيمة فيها تلف النفس ، ولكن

مع ذلك أجيز التمسك بالعزيمة وذلك كمن ينطق بكلمة الكفر تحت حد السيف ، فانه يجوز له أن ينطق بكلمة الكفر مادام قلبه مطمئنا بالإيمان ، وقد نطق عمار ابن ياسر رضى الله تعالى عنه بكلمة الكفر تحت تأثير العذاب الشديد ، وقال للنبي صلى الله عليه وسلم وقد سأله ما وراءك يا عمار ؟ ؟ فقال : شر ، ما تركونى حتى نلت منك وذكرت آلهتهم بخير . قال : كيف وجدت قلبك ؟ قال مطمئنا قال عليه الصلاة والسلام : « فان عادوا فعد » . أى ان عادوا إلى الاكراه فعد إلى الترخص ، أو فان عادوا إلى الاكراه فعد إلى طمأنينة القلب .

ولقد بلغ النبى (ص) أن رجلين هددهما المشركون بالقتل فامتنع أحدهما عن النطق بالكفر ، ونطق الآخر فقال عليه الصلاة والسلام فيمن امتنع : هو أفضل الشهداء وهو رفيق فى الجنة[1] .

فيدل هذا على أن العزيمة حكمها باق ، والرخصة ثابتة وهى صدقة تصدق الله تعالى بها على عباده المضطرين .

قال البزدوى : وأما الرخص فأربعة أنواع : نوعان من الحقيقة أحدهما أحق من الآخر .

ونوعان من المجاز أحدهما أتم من الآخر ـ أما أحق نوعى الحقيقة فما استبيح مع قيام المحرم وقيام حكمه جميعا فهو الكامل فى الرخصة مثل المكره على إجراء كلمة الكفر فانه يرخص له إجراؤها ، والعزيمة فى الصبر حتى يقتل ، لأن حرمة الكفر قائمة لوجوب حق الله تعالى فى الإيمان لكنه رخص لعذر وهو أن حق العبد فى نفسه يفوت بالقتل صورة ومعنى ، وحق الله تعالى لا يفوت معنى لأن التصديق باق ولا يفوت صورة من كل وجه لأن الأداء قد صح وليس التكرار ركن لكن فى إجراء كلمة الكفر هتك لحقه ظاهراً فكان له

---

(١) كشف الأسرار عن أصول البزدوى ح ٢ ص ٢١٧ والحديث فى خبيب ＝

تقديم حق نفسه كرامة من الله تعالى . وإن شاء بذل نفسه حسبة فى دينه لإقامة حقه ، فهذا مشروع قربة فبقى عزيمة وصار بها مجاهدا »(١)

الصورة الثانية للضرورة – ألا يكون الشخص مخيرا بين الأخذ بالحكم الأصلى والحكم الثانى ، كحال المضطر إلى شرب الخمر ، وأكل لحم الخنزير إذا خشى على نفسه التلف إن لم يأكل أو يشرب أو يتناول بشكل عام هذه المحرمات فإنه فى هذه الحالة يجب عليه أن يتناول ، وذلك لأن هذه الأشياء كانت محرمة لما فيها من إفساد النفس والعقل ، ولا شك أن حفظ النفس أولى . وبسبب ذلك لا يثاب إذا آثر الصبر ولم يتناول هذه المحرمات حتى مات وبذلك يخرج الأمر عن أن يكون رخصة لأن الترخيص يقتضى الجواز وهو لم يعد كذلك إذ أصبح من الواجب التناول لهذه المحرمات لا ترك تناولها وذلك للمحافظة على الحياة. فالحكم الأصلى قد سقط – قال البزدوى . إن تسمية هذا النوع بأنه رخصة هو من قبيل المجاز لأن التناول هو الحكم الوحيد فى الموضوع .

= ابن عدى فقد أخذوه وباعوه من أهل مكة فجعلوا يعاقبونه على أن يذكر آلهتهم بخير ويسب محمدا وهو يسب آلهتهم ويذكر محمدا رسول الله ﷺ بخير فاجتمعوا على قتله فلما أيقن أنهم قاتلوه سألهم أن يدعوه ليصلى ركعتين فاجابوه فصلى ركعتين وأوجز ثم قال : إنما أوجزت كيلا تظنوا أنى أخاف القتل ، ثم سألهم أن يلقوه على وجهه ليكون ساجدا لله تعالى حين يقتلونه فأبوا عليه ذلك فرفع يديه إلى السماء وقال . اللهم إنى لا أرى هنا إلى وجه عدو ، فاقرأ رسولك منى السلام اللهم أحصى هؤلاء عددا واجعلهم بددا ولا تبق منهم احدا ثم أنشأ يقول

ولست أبالى حين أقتل مسلما ... على أى جنب كان فى الله مصرعى

وذلك فى ذات الإله وإن يشأ ... يبارك على أوصال شلو ممـزع

فلما قتلوه وصلبوه تحول وجهه إلى القبلة وجاء جبريل رسول الله ﷺ يقرأه سلام حبيب فدعا رسول الله ﷺ وقال : هو أفضل الشهداء وهو رفيقى فى الجنة .

(١) نفس المصدر .

وبعض العلماء لا يشترط فى الرخصة أن يجوز الأمر شرعا ، بل يعتبر الرخصة ثابتة بالانتقال من حكم أصلى إلى حكم آخر لعذر من الأعذار أو لقيام مانع يمنع من استمرار الحكم الأصلى . وعلى ذلك يعتبر أكل الميتة فى الاضطرار من قبيل الرخصة .

حكم هذا النوع : حكم هذا النوع من الرخص هو أن الأخذ بالرخصة أولى بل هو أحب عند تيقن هلاك النفس بترك العمل بالرخصة . بحيث إذا لم يعمل بالرخصة حتى مات يكون آثما وقاتلا لنفسه وقد نهى الله عن ذلك فقال تعالى (ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة) وقال تعالى (ولا تقتلوا أنفسكم) .

النوع الثانى : النوع الثانى من أنواع الحقيقة وهو ما استبيح لعذر مع بقاء الحكم الأصلى ودليله للحاجة التى هى دون الضرورة ، وذلك كاباحة الفطر فى رمضان للمسافر فقد رخص الشارع بالفطر له لدفع المشقة مع بقاء الحكم الأصلى وهو حرمة الفطر لوجود موجب الصوم وهو شهود شهر رمضان لقوله تعالى : « فمن شهد منكم الشهر فليصمه » ولأن الفطر كان للحاجة لا للضرورة فلو أقام المسافر : وجب عليه الصيام كما أنه لو صام فى السفر كان أداء عن رمضان لأن حكم إيجاب الصيام باق .

ومثله إباحة قصر الصلاة الرباعية فى السفر والعزيمة المقابلة لهذا النوع هو أداء العبادة كاملة على الوجه المشروع ابتداء . هذا والحنفية يرون أن قصر الصلاة فى السفر هو حكم ابتدائى لا رخصة فيه ويستدلون لذلك بحديث عائشة رضى الله عنها « فرضت الصلاة ركعتين ركعتين زيدت فى الحضر وأقرت فى السفر » أما الشافعية وغيرهم فيرون أن الصلاة فى السفر مباح .

حكم هذا النوع :

الأخذ بالعزيمة أولى من الرخصة فى الأمور التى رخص بها للحاجة ، ففى الصيام صوم رمضان أولى من الفطر وإن كان الفطر جائزا قال الله تعالى وأن تصوموا خير لكم ، وقال تعالى « فمن شهد منكم الشهر فليصمه ـ لكن إن تضرر المسافر

من الصوم فانه يجب عليه العمل بالرخصة فقد روى الترمذى عن جابر بن عبد الله أن رسول الله ﷺ خرج إلى مكة عام الفتح فصام حتى بلغ كراع الغميم(١) ، وصام الناس معه فقيل له : إن الناس قد شق عليهم الصيام، وإن الناس ينظرون فيما فعلت ، فدعا بقدح من ماء بعد العصر والناس ينظرون إليه ، فأفطر بعضهم وصام بعضهم ، فبلغه أن ناسا صاموا فقال : « أولئك العصاة » .

قال علاء الدين البخارى : والقسم الثانى الذى هو دون القسم الأول فى كونه رخصة هو ما يستباح بعذر مع قيام السبب المحرم للفعل موجبا لحكمه وهو الحرمة ، إلا أن الحكم متراخ عنه : فمن حيث أن السبب الموجب للحرمة قائم وموجود كانت الرخصة حقيقة ، ومن حيث أن الحكم (وهو حرمة الفعل) متراخ غير ثابت فى الحال كان هذا القسم من أقسام الرخص دون الأول ، فإن كال الرخصة بكمال العزيمة فاذا كان الحكم ثابتا مع السبب فهو أقوى مما تراخى حكمه عنه ، كالبيع بشرط الخيار مع البيع البات ، وكالبيع بثمن مؤجل مع البيع بثمن حال ، فإن الحكم وهو الملك فى المبيع ، والمطالبة بالثمن ثابت فى البيع البات وهو متراخ عن سببه فى البيع المقرون بشرط الخيار أو الأجل(٢) .

ومثال هذا النوع من الرخصة : المسافر رخص له أن يفطر مع السبب الموجب للصوم المحرم للفطر وهو شهود الشهر وتوجه الخطاب العام نحوه وهو قوله تعالى : « فمن شهد منكم الشهر فليصمه » ، ولهذا لو أدى كان فرضاً إلا أن الحكم وهو حرمة الإفطار وترك الصوم تراخى فى حقه إلى إدراك عدة من أيام أخر فكانت العزيمة هنا أدنى حالا منها فى المكره على الإفطار فى الصوم لأن الحكم هناك وهو حرمة الإفطار لم يتأخر عن السبب ولذا كانت الرخصة المبنية

---

(١) كراع الغميم : موضع يقع على بعد ثلاثة أميال من (عسفان) بضم العين وسكون السين وهو مكان يقع على مرحلتين من مكة (القاموس المحيط جـ٢ ص ٦٧ ، ١٤٨) .

(٢) كشف الأسرار عن أصول البزدوى جـ٢ ص ٣١٨ .

على هذه العزيمة أقوى حالا من الرخصة المبنية على العزيمة بالأدنى لأن كمالها وانتقاصها بكمال العزيمة وانتقاصها ، فمن هذا الوجه أخذت شبها بالمجاز ، لأن الحكم وهو الوجوب ، وحرمة الإفطار لما تراخى لم يكن ثابتاً فى الحال فلم يعارض الرخصة وهى إباحة الإفطار وترك الصوم فكانت شبها بالإفطار فى غير رمضان فلم يكن رخصة محضة حقيقة . لكن السبب لما تراخى حكمه من غير تعليق أى لم يكن الحكم معلقاً بشىء كان القول بتراخى الوجوب وحل الإفطار بعد ما تم السبب رخصة حقيقية فلهذا كان هذا القسم دون الأول إذ ليس فى الأول مدخل للمجاز بوجه وفى الثانى للمجاز مدخل .

وقال علاء الدين البخارى : إن الدليل على أن الحكم متراخ عن السبب أن المكلف إذا شهد رمضان وكان مسافرا مثلا إذا مات قبل إدراك عدة من أيام أخر لقى الله تعالى ولا شىء عليه كما لو مات قبل أن يشهد ويرى رمضان ، ولو كان وجوب الصيام ثابتا فى الذمة لزمه الفدية عنه ، لأن ترك الواجب بعذر يرفع الاثم ولكن لا يسقط الواجب كالمكره على الفطر فى رمضان إذا أفطر(١) ومات قبل إدراك زمان القضاء فانه يلزمه الامر بالعزيمة . وكذلك الحائض ، فعرفنا أن الحكم ليس بثابت فى الحال والأخذ بالفدية هنا أولى ، إلا أن يضعفه الصوم فليس له أن يبذل نفسه لإقامة الصوم لانه يصير قتيلا بالصوم فيصير قاتلا نفسه .

رأى الشافعية : أعرض الشافعى عن ترجيح العمل بالعزيمة فى هذا النوع من الرخصة ، وجعل الرخصة العمل بها هنا أولى فى أحد قوليه اعتبارا لظاهر تراخى حكم العزيمة فان وجوب أداء الصوم لما تأخر إلى إدراك عدة من أيام أخر (فعدة من أيام أخر) اقتضى أن لا يجوز الأداء قبله إلا أنه ترك فى حق عدم الجواز للأحاديث الواردة فيه فبقى معتبرا فى أفضلية الفطر . واستدل الشافعية أيضا بقوله عليه الصلاة والسلام (إن الله وضع عن المسافر شطر الصلاة والصوم) . وقال الشافعية : إن الأفضل للمسافر إن يقصر الصلاة فكذلك الأفضل له أن يفطر فى الصوم .

---

(١) المصدر السابق ص ٣١٨ — ٣١٩ .

رأى الظاهرية يرى الظاهرية أن الصوم فى السفر لا يجوز ولا يجزىء من فرض الوقت ويلزم المسافر القضاء عند إدراك العدة صام فى السفر أو لم يصم. وهذا الرأى مروى عن ابن عمر وابن عباس وابى هريرة رضى الله تعالى عنهم — فقد قالوا : إن الله تعالى علق الوجوب فى حق المسافر والمريض بادراك العدة وذلك فى قوله تعالى « فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر » فلا يجوز الأداء قبله كما لا يجوز من المقيم الصوم قبل رمضان وقد قال عليه السلام «الصائم فى السفر كالمفطر فى الحضر».

رد هذا الراى وقد رد ما قاله الظاهرية بأن الصائم فى السفر يجزيه صومه عن فرض الوقت لقوله تعالى « فمن شهد منكم الشهر فليصمه » فانه يعم المسافر والمقيم. وقوله تعالى « فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر » هو لبيان الترخيص بالفطر فينتفى به وجوب الأداء لا جوازه. وفى الأحاديث الدالة على الجواز كثرة ، وحديث « الصائم فى السفر كالمفطر فى الحضر » محمول على ما إذا جهده الصوم حتى خيف عليه الهلاك.

الرد على الشافعية قال الحنفية : إن الافضل هو الأخذ بالعزيمة فى المثال المذكور وهو الصوم فى السفر إلا إذا أضعفه الصوم فهنا يجب عليه الأخذ بالرخصة لانه ليس له أن يقتل نفسه وهو بالصوم حتى يضعف صحته فيموت فيصير قتيلا بالصوم وهو المباشر لفعل الصوم فيصير قاتلا نفسه بما صار به مجاهدا وهو الصوم من غير تحصيل المقصود وهو إقامة حق الله تعالى لأنه أخره عنه وهو حرام كمن قتل نفسه بالسيف الذى يجاهد به مع الكفار كان حراما. وفى ذلك تغيير المشروع ، لأن المشروع فى حقه إما التأخير أو جواز التعجيل على وجه تيسيرا ، أما التعجيل على وجه يؤدى إلى الهلاك فليس بمشروع فكان فعله تغييرا للمشروع.

وقال الحنفية إن الصوم أفضل للمسافر وقد ثبت ذلك بالسنة النبوية التى فيها ما يروى أنه صلى الله عليه وسلم قال فى المسافر يترخص بالفطر وإن صام فهو افضل له ، ومنها السنه الفعلية فقد بدأ صلى الله عليه وسلم بالصوم حتى شكا الناس إليه ، ثم أفطر فدل على أن الصوم أفضل والاحاديث فى هذا الباب كثيرة[1]

(١) راجع كشف الاسرار عن أصول البزودى ج ٢ . ص ٣٢٠ .

رأى الغزالى . قال الغزالى فى وجيزه : والصوم أحب من الفطر فى السفر لتبرئة الذمة إلا إذا كان يتضرر به .

ما نقله الخطابى : ذكر الخطابى فى معالم السنن فقال : اختلف أهل العلم فى أفضل الأمرين بالنسبة للمسافر فى شهر رمضان، فقالت طائفة : الفطر أفضل، وإليه ذهب ابن المسيب ، والشعبى ، والأوزاعى ، وأحمد ، وإسحق .

وقالت طائفة مثل النخعى وسعيد بن جبير ، ومالك والثورى والشافعى ، وأصحاب الرأى : الصوم أفضل .

وقالت طائفة منهم مجاهد ، وقتادة وعمر بن عبد العزيز : أفضل الأمرين ما هو الأيسر منهما(١) .

النوع الثالث : ذكر الأصوليون نوعين آخرين من الرخص .

أولاهما : رخصة اسقاط التكليفات الشاقة التى كانت على الأمم قبلنا ، ولقد قال الغزالى فى المستصفى : ان اعتبار هذه الأنواع رخصة هو من قبيل المجاز البعيد من الحقيقة(٢) ـ فتسمية هذا النوع رخصة مع أنه نسخ ولم يشرع فى شريعتنا تيسيراً ورحمة بنا هو من قبيل المجاز المرسل . . لأن الأصل ساقط لم يبق مشروعاً فلم يكن رخصة إلا مجازا من حيث هو نسخ تمحض تخفيفا .

ومثال هذه التشريعات التى كانت على الأمم السابقة قطع الأعضاء الخاطئة للتكفير عن ذنبها ، وقطع موضع النجاسة من الثوب والجلد ، والخف لتطهير الباقى ، وقتل النفس للتوبة، وتحريم الصلاة فى غير المسجد ، وأداء ربع المال فى الزكاة ، وتحريم الغنائم وغير ذلك .

وحكم هذا النوع : العمل بتلك الأحكام المنسوخة حرام وإثم .

النوع الرابع : النوع الرابع من أنواع الرخص ما أبيح مع كونه مخالفا

---

(١) راجع كشف الأسرار عن أصول البزدوى جـ ٢ ص ٣٢٠

(٢) المستصفى للغزالى جـ ١ ص ٩٨ وراجع كشف الأسرار عن أصول البزدوى جـ ٣ ص ٣٢٠

للأدلة الشرعية أو القواعد العامة وذلك كالعقود الاستحسانية التي جاءت على خلاف القياس مثل عقد السلم فقد ورد أن النبي صلى الله عليه وسلم قد نهى عن بيع الانسان ما ليس عنده ورخص في السلم ، فاعتبرت صحة عقد السلم رخصة .

وقد قال فخر الاسلام البزدوي ان ذلك مجاز بل دون النوع الثالث في القرب من الرخصة وذلك لأن عقد السلم ونحوه من العقود الاستحسانية ليس فيه حكمان أحدهما المنع والآخر الاباحة بل فيه حكم، احدوهو الاباحة ، والتغاير في أنه لم يحكم فيه بما حكم في نظيره تيسيراً على الناس .

وفي رأي فخر الاسلام البزدوي ان المكره على شرب الخمر ، وأكل الميتة رخصته مجاز مثل الترخيص بعقد السلم .

تنبيه :

اعلم أن العلماء اختلفوا في حكم الميتة والخمر والخنزير ونحوها في حالة الاضطرار هل تصير مباحة ، أو تبقى على الحـــرمة ، ويرتفع الإثم على التفصيل التالي :

رأي لأبي يوسف والشافعي في أحد قوليه : روى عن أبي يوسف، وهو أحد قولي الشافعي أن الضرورة لا تحل المحرم بل ترخص في الفعل إبقاء للمهجة كما في الإكراه على الكفر وأكل مال الغير .

رأي أكثر الحنفية : ذهب أكثر الحنفية إلى أن الحرمة ترفع في حالة الاضطرار .

أثر الخلاف : وأثر الخلاف يظهر فيما إذا صبر حتى مات جوعا فإنه لا يكون آثما عند أصحاب الرأي الاول ويكون آثما عند جمهور الحنفية .

وكذلك فيما إذا حلف لا يأكل حراما فتناول هذه المحرمات في حالة الاضطرار فإنه يحنث عند الفريق الأول ولا يحنث عند جمهور الحنفية .

دليل الرأي الأول : استدل الرأي الأول بقوله تعالى « فمن اضطر غير

باغ ولا عاد فلا إثم عليه إن الله غفور رحيم » وبقوله عز اسمه « فمن اضطر فى مخمصة غير متجانف لإثم فان الله غفور رحيم » .

وجه الاستدلال : أما وجه الاستدلال فان النصوص أبانت أن الضرورة الداعية إلى تناول شيء من هذه المحرمات تبيح التناول بقدر ما يسد الرمق وإن التناول فوق سد الرمق تلذذاً هو عمل محرم يأثم به صاحبه والله غفور رحيم يغفر للمضطر ما أكل من هذه المحرمات نتيجة لحالة الاضطرار .

قال ابن عباس : فدل إطلاق المغفرة على قيام الحرمة إلا أنه تعالى رفع المؤاخذة رحمة على عباده كما فى الاكراه .

المعقول : قال أصحاب هذا الرأى : إن حرمة هذه الأشياء بناء على صفات فيها من الخبث والضرر ولا تنعدم تلك الصفات فى حالة

أدلة جمهور الحنفية : استدل الحنفية بالكتاب والسنة والمعقول على النحو التالى :

الكتاب . من الكتاب استدل جمهور الحنفية بقوله تعالى « وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه » .

وجه الاستدلال : استثنى الله سبحانه وتعالى حالة الضرورة، والكلام المقيد بالاستثناء يكون عبارة عما وراء المستثنى فيثبت التحريم فى حالة الاختيار وقد كانت مباحة قبل التحريم فبقيت فى حالة الضرورة على ما كانت . وهذا على مذهب من قال : إن الحل والحرمة لا يعرفان إلا شرعا ، فيقال إن الاستثناء من الحظر إباحة ، فصار كأنه قال : هذه الأشياء محرمة فى حاله الاختيار مباحة فى حالة الاضطرار بالنص أيضا .

دفع اعتراض : وقال جمهور الحنفية إنه قد يعترض بأنه يلزم على هذا القول أن استثناء اجراء كلمة الكفر فى حالة الاضطرار بقوله تعالى « إلا من أكره » يدل على اباحته مع أنه لا يدل على ذلك . وهذا الاعتراض ممنوع لأننا لا نسلم أنه

استثناء من الحظر ليدل على الإباحة بل الاستثناء فى النص فى قوله تعالى «إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان» هو استثناء من الغضب إذ التقدير من كفر بالله بعد إيمانه فعليهم غضب إلا من أكره فينتفى الغضب بالاستثناء ولا يدل انتفاء الغضب على ثبوت الحل .

المعقول وقال جمهور الحنفية : إن حرمة أكل الميتة وشرب الخمر ونحوهما ما ثبتت الاصيانة لعقله عن الاختلاط ، ودينه عن الخلل الواقع فيه بسبب الخمر كما قال تعالى : « ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة » وصيانة بدنه عن تعدى خبث الميتة ونظائرها إليه كما أشار الله تعالى إليه فى قوله : « ويحرم عليهم الخبائث » فإذا خاف المضطر على نفسه إذا امتنع عن تناول هذه المحرمات بان يقضى عليها لم يستقم صيانة البعض بفوات الكل لأن فى فوات الكل فوات البعض ضرورة فسقط المحرم وهو صيانة العقل والنفس . فكان إطلاق الفعل فى هذه الحالة إسقاطا لحرمة هذه الأشياء فاذا امتنع عن تناول هذا المحرم وأضاع نفسه بذلك يكون قد أضاع دمه من غير تحصيل ما هو المقصود بالحرمة وبذا لم يكن مؤديا حق الله تعالى فيكون آثما ، إلا أن حرمة هذه الأشياء مشروعة فى الجملة ولذا لم تكن هذه الرخصة مثل رخصة سقوط الاصر والأغلال بل كانت دونه فى المجازية[1]

أما قوله تعالى «فان الله غفور رحيم» حيث أطلق المغفرة والرحمة فشمل إتيان ما أبيح للضرورة فهذا الاطلاق هنا باعتبار أن الاضطرار المرخص للتناول يكون بالاجتهاد وعسى يقع التناول زائدا على قدر ما يحصل به سد الرمق وبقاء المهجة إذ مثل من ابتلى بهذه المخمصة يعسر عليه رعاية هذا الاضطرار المرخص والتناول بقدر الحاجة فالله تعالى ذكر المغفرة لهذا التفاوت .

وقيل : إن الله سبحانه وتعالى غفور رحيم لمن تاب من تحريم من أحل الله واستحلال ما حرم الله ، رحيم يشرع التوبة .

---

(١) كشف الأسرار عن أصول البزدوى ، ج٢ ص ٣٢٣ .

وقيل : إن الله غفور للذنوب الكبار ، فكيف يؤاخذ بتناول الميتة عند الاضطرار ، رحيم بعباده فيما يتعبدهم به .

وقيل : إن الله غفور بالعفو عمن أكل من غير ضرورة ، رحيم برفع الإثم عند الضرورة .

قصر الصلاة فى السفر : يرى الحنفية أن قصر الصلاة الرباعية بالسفر رخصة إسقاط فلا يصح من المسافر أداء ما سقط عنه فالقصر رخصة من النوع الرابع أى تسميتها رخصة تسميه مجازية .

رأى الشافعية : قال الشافعى رحمه الله القصر رخصة حقيقية والعزيمة هى الأربع حتى لوفات الوقت يقضى أربعا سواء قضاها فى السفر أو الحضر فى قول وفى قول له أنه لوفات الوقت فانه يقضى ركعتين فى السفر دون الحضر .

الأدلـــة

أدلة الشافعى : احتج الشافعى بقوله تعالى « وإذا ضربتم فى الأرض فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة »

وجه الاستدلال: قال الشافعى . النص فيه « وليس عليكم جناح » وهذا يفيد الاباحة دون الايجاب ومن السنة قول النبى ﷺ أنها صدقة فاقبلوا صدقته ووجه الاستدلال أن النبى ﷺ أخبر أن القصر صدقة والصدقة لاتتم إلا بقبول المتصدق عليه[1] .

المعقول وقال الشافعية : إن الوقت سبب لوجوب صلاة الفرض الرباعى كاملة عدد ركعاته ، والسفر سبب للقصر لا على رفع الحكم الأول وتغيره ، فانه

---

(١) الحديث أصله ما روى على بن ربيعة الوالى قال سألت عمر رضى الله عنه ما بالنا نقصر الصلاة إلخ .

لو اقتدى المسافر بمقيم صح ولزمه أداء الأربع ركعات كاملة ، ولو كان السفر مغيرا للحكم الأصلى لما لزمه ذلك كمصلى الفجر إذا اقتدى بمن يصلى الظهر فيعمل بأيهما شاء إلا أن قصر الصلاة سبب عارض فما لم يعمل به لا يرتفع حكم الأصلى ومثل ذلك العبد إذا سمح له مولاه أن يؤدى صلاة الجمعة فهو بالخيار بين أن يؤدى الجمعة ركعتين ، أو أن يؤدى الظهر أربعا فكذلك المسافر يميل إلى أيهما شاء .

أدلة الحنفية : إن قصر الصلاة الرباعية بسبب السفر ترخيص وتيسير وهى رخصة إسقاط وليست برخصة حقيقة بل هو إسقاط للعزيمه وهى صلاة الأربع ركعات . ولذا لا يصح أداء ما سقط عن المسافرين من هذه الصلوات بالنسبة لعدد الركعات كما لو صلى الفجر أربعا لأن السبب فى حقه لم يبق موجبا إلا ركعتين فكانت الأخريان نفلا وخلط النفل بالفرض قصدا لا يحل ، وأداء النفل قبل إكمال الفرض مفسد للفرض ، فاذا صلى أربعا ولم يقعد على رأس الركعتين فسدت صلاته .

والدليل على أن قصر الصلاة الرباعية بسبب السفر رخصة ماروى عن على بن ربيعة الوالى قال : سألت عمر رضى الله عنه ما بالنا نقصر الصلاة ولا نخاف شيئا وقد قال الله تعالى : « إن خفتم » فقال له : أشكل على ما أشكل عليك فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : إن هذه صدقة تصدق الله بها عليكم فاقبلوا صدقته . وفى بعض الروايات : إنها صدقة والضمير أو اسم الإشارة راجع إلى الصلاة المقصورة أو إلى القصر — فالنبى صلى الله عليه وسلم سمى القصر صدقة والتصدق بما لا يحتمل التمليك من كل وجه هو إسقاط محض لا يحتمل الرد فلا يتوقف على قبول العبد فيكون معنى قوله فاقبلوا صدقته أى اعملوا بها ، كما يقال : فلان قبل الشرائع أى اعتقدها.

كما استدل الحنفية أيضا بما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال : صلاة المسافر ركعتان تام غير قصر على لسان نبيكم وبما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما صلاة المسافر ركعتان ومن خالف السنة فقد كفر .

وروى أبو هريرة رضى الله عنه أن رسول الله (ص) قال : المتم الصلاة فى السفر كالمقصر فى الحضر » .

ورد الحنفية ما قاله الشافعية من أن العبد مخير بين أداء الجمعة أو صلاة الظهر أربعا إذا سمح له مولاه بصلاة الجمعة وإن هذا تخيير بين القليل والكثير بأننا لا نسلم أنه مخير بينهما بل الواجب عليه حضور الجمعة عينا عند الإذن كما فى الحر.

وقال الحنفية ولو سلمنا أن العبد مخير فى هذه الحالة من صلاة الجمعة ركعتين وبين صلاة الظهر أربعا فهذا لا يعترض به ما نقوله لأن هناك فرقا بين الجمعة والظهر فهما مختلفان فيصح التخيير طلبا للرفق بخلاف ظهر المسافر والمقيم لأنهما واحد . . فأداء الجمعة بنية الظهر لا يجوز وكذلك العكس كما لا يصح اقتداء مصلى الظهر بمصلى الجمعة وعكسه ويشترط للجمعة ما لا يشترط للظهر — ولذلك له أن يتحمل زيادة الأربع أو أن يتحمل السفر وسماع الخطبة فى صلاة الجمعة .

لماذا كان الأخذ بالعزيمة فى الصوم أولى من الأخذ بالرخصة : وقال الحنفية ان الصوم أولى لأنه أصل باعتبار قيام السبب ولاشتماله على معنى الرخصة .

أما الشافعية فتمسكوا بأن الافطار أولى بحجة أن للعزيمة فى الصوم متأخرة إلى عدة من أيام آخر لأنه ليس بمطالب بالصوم إلا بعد إدراكها فلم يكن الصوم ثابتا فى الحال فكان الفطر أولى .

أما فى الصلاة فلم يتأخر الحكم إلى زمان الإقامة فوجبت الصلاة فى الحال والقصر رخصة فكانت العزيمة أولى .

الخلاصة

وخلاصة ما يمكن قوله فى بحث موضوع الرخصة والعزيمة نجمله فى النقاط التالية :

* العزيمة فى نظر علماء الأصول هى ماشرعت ابتداء . ويكون الفعل فيها ليس سببه وجود مانع فهى الحكم الأصلى الذى يشمل الناس جميعاً ، والكل مخاطب به .

أما الرخصة فهى ماشرعت بسبب قيام مسوغ لتخلف الحكم الأصلى ، وليست هى الحكم الأصلى ، بل هى حكم جاء مانعا من استمرار الإلزام فى الحكم الأصلى وهى فى أكثر الأحوال تنقل الحكم من مرتبة اللزوم إلى مرتبة الإباحة ، وقد تنقلها إلى مرتبة الوجوب ، وبذلك يسقط الحكم الأصلى تماما .

* أسباب الرخصة : وأسباب الرخصة كثيرة منها الضرورة ، كمن يكون فى حالة مخمصة ويخشى على نفسه من الموت ، ولا يجد ما يأكله إلا الميتة فإنه يكون له أكلها ، بل يجب عليه أن يأكلها .

ومن أسباب الرخصة أيضا دفع الحرج والمشقة كرخصة الإفطار فى رمضان ورؤية الطبيب عورة المرأة لعلاجها إن كان علاجها يقتضى ذلك . وهكذا كل محرم لغيره يكون مباحا بمقتضى الترخيص العام عند وجود الحرج والمشقة ، وهذا كما يوجد فى العقود يوجد فى التكليفات الشرعية الخاصة بالعبادة ، والأمثلة على ذلك كثيرة فقد نهى النبى ﷺ عن بيع الإنسان ماليس عنده ، ولكنه أباح السلم ، وهو بيع آجل بعاجل ، أى أنه يتأخر تسليم المبيع ، لأنه ليس فى يد البائع ولا عنده ، ويعجل الثمن . فكانت إباحة السلم مع النهى العام رخصة ، ولذا ورد فى بعض الآثار « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الإنسان ماليس عنده ، ورخص فى السلم » ويرى البزدوى أن ذلك من قبيل التسمية المجازية لأن السلم ونحوه من العقود الاستحسانية ليس فيها حكمان - المنع والإباحة ، بل فيه حكم واحد وهو الإباحة .

* والرخصة تنقسم إلى قسمين رخصة فعل ، ورخصة ترك وذلك التقسيم بحسب ماجاء فى العزيمة ، فان كان حكم العزيمة يوجب تركا ، كانت الرخصة رخصة فعل ، ، فأكل الميتة وشرب الخمر ، والنطق بكلمة الكفر عند الاضطرار فى كل ماذكر هى رخصة فعل ، ورؤية الطبيب لعورة المرأة أو الرجل هى رخصة فعل ، لأن الذى جاء به الأصل كان تحريما والرخصة فى التحريم تكون بفعل ماجاء الأصل بطلب الكف عنه ، فتكون لاعالة الرخصة هى ترخيص بالفعل .

وهكذا فى كل نهى محرم حدثت ضرورة توجب فعل مانهى عنه أو حدثت حاجة تسوغ فعل هذا الشىء المنهى عنه .

رخصة الترك : وإذا كان حكم العزيمة يوجب فعلا ، فالرخصة تكون رخصة ترك ومن هذا النوع من الرخص ، رخصة الإفطار فى رمضان ، ورخصة ترك الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر(١) عند الخوف على النفس من الحاكم الظالم ورخصة سقوط فريضة صلاة الجمعة على ذوى الأمراض .

* وقد ذكر الاصوليون نوعين آخرين من الرخص هما :

١ - رخصة إسقاط التكليفات الشاقة التى كانت على الأمم قبلنا ويرى الغزالى أن تسمية هذا برخصة هو من قبيل التسمية المجازية البعيدة عن الحقيقة ويقول فى ذلك: كيف نسمى ماخفف الله من الاصر والاغلال التى وجبت على من قبلنا من أصحاب الشرائع السابقة كيف نسميها رخصة(٢) .

وأمثلة هذا النوع من الاحكام الشاقة التى كانت فى الشرائع السابقة ورفعها الله عن هذه الامة ولم يشرعها فى حقها كثيرة منها : اشتراط قتل النفس فى التوبة من المعصية ، وبطلان الصلاة فى غير المكان المعد للعبادة ، وتطهير الثوب بقطع موضع النجاسة ، وإيجاب ربع المال فى الزكاة ، وتحريم الاكل من الغنائم

---

(١) راجع ارشاد الفحول للشوكانى وتهذيب الأصول ص ٦

(٢) راجع المستصفى الإمام الغزالى جـ ١ ص ٨٥

إلى غير ذلك من التكاليف الشاقة التي كانت في الشرائع السابقة ولم تشرع في حقنا كما يشير إلى ذلك قوله تعالى « ربنا ولا تحمل علينا إصرا كما حملته على الذين من قبلنا » وقوله عز اسمه « ويضع عنهم إصرهم والاغلال التي كانت عليهم »[١] ويبين من ذلك أن هذه أحكام لم يشرعها الله تعالى في حقنا ثم أباح لنا عدم العمل بمقتضى شيء منها عند الضرورة والحاجة المقتضية لذلك بخلاف ما ذكر من أمثلة لرخص الفعل والترك ، إلا أنه لما ترتب على انتفاء هذه التكاليف عنا من يسر وسهولة في حقنا بالنسبة للأمم السابقة علينا ساغ إطلاق اسم الرخصة عليها على سبيل التوسع فقط .

النوع الثاني : كذلك أطلق الأصوليون اسم الرخصة على العقود الاستحسانية التي جاءت على خلاف القياس مثل عقد السلم فقد اعتبروا صحة عقد السلم رخصة وقلنا إن للحنفية رأيا مخالفا في ذلك ذكره فخر الإسلام البزدوى وخلاصته أن السلم ونحوه من العقود الاستحسانية ليس فيها حكمان أحدهما المنع ، والآخر الإباحة ، بل فيه حكم واحد وهو الإباحة ، والتغاير في أنه لم يحكم فيه بما حكم في نظيره تيسيرا على الناس . ولذلك يرى أن تسمية هذا النوع من العقود بأنه رخصة هو من قبيل المجاز .

حكم الرخصة : يجوز العمل بالرخصة في مواضع الجواز ففي هذه الحال يكون المكلف مخيرا بين الأخذ بالعزيمة ، والأخذ بالرخصة ، فالمسافر في رمضان مخير بين الأخذ بالعزيمة وهو الصوم ، وبين الأخذ بالرخصة وهي الإفطار وذلك لأن النصوص الواردة من القرآن والحديث الشريف جعلت الرخصة في موضع الإباحة والتخيير بعد طلب الفعل اللازم أو طلب التكليف اللازم، لأن اليسر من مقاصد الشرع الإسلامي « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر »[٢]

---

(١) الآية رقم ١٥٧ من سورة الأعراف .

(٢) الآية رقم ١٨٥ من سورة البقرة

وإذا ترتب على ترك العمل بموجب الرخصة هلاك النفس فان العمل بموجب الرخصة يكون واجبا ، فمن ترك الأكل من الميتة وهو لا يجد إلا هي حتى مات كان آثما لتسببه في قتل نفسه والله تعالى يقول « ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكه »(١) . واستثنى العلماء من ذلك النطق بكلمة الكفر.

وقال العلماء أن الترخيص بترك الواجب إذا كان في فعله مشقة تلحق المكلف كإباحة الفطر في رمضان للمسافر والمريض يكون العمل بالعزيمة أفضل من العمل بالرخصة لقوله تعالى في شأن المريض والمسافر « وأن تصوموا خير لكم » . لكن إذا ترتب على العمل بالعزيمة ضرر يلحق المكلف فانه لا يجوز العمل بالعزيمة ويلزم العمل بموجب الرخصة ، وذلك لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم خرج عام الفتح إلى مكة في رمضان فصام حتى بلغ كراع الغميم وصام الناس معه فقيل له إن الناس قد شق عليهم الصوم ، وإن الناس ينظرون فيما فعلت ، فدعا بقدح من ماء فشربه ، والناس ينظرون إليه ، وأفطر بعضهم ، وصام بعضهم فقيل له : إن بعض الناس قد صام ، فقال : « أولئك العصاة أولئك العصاة » . . .

وقال علماء الأصول : إن إباحة العقود والتصرفات التي يحتاج الناس اليها مع مخالفتها للقواعد المقررة في نوعها أو الأدلة الشرعية العامة التي تقضي منعها كعقد السلم وعقد الاستصناع الذي هو بيع شيء معدوم وقت التعاقد يجوز العمل بموجب هذا الترخيص للحاجة أي إذا كان المكلف في حاجة إليه كما إذا احتاج المكلف إلى مال لإحياء نفسه ولا وسيلة له للحصول على المال إلا عن طريق البيع على وجه السلم فانه يجوز له التعامل بهذا العقد بل يجب عليه التعامل به إذا كان في ترك التعامل به تعريض حياته للخطر .

أما ما سمي برخصة من تكاليف سابقة في شرائع سابقة لم يكلفنا الله بها فان العمل بهذه التكاليف ممنوع شرعا ولو عمل به أحد يكون آثما .

---

(١) الآية ١٩٥ من سورة البقرة .

قال الآمدى : فاباحة شرب الخمر ، والتلفظ بكلمة الكفر عند الإكراه ، وإسقاط صوم رمضان لعذر ، والقصر فى الرباعية فى السفر ، والتيمم مع وجود الماء للجراحة ، أو لبعد الماء ، أو لبيعه بأكثر من ثمن المثل رخصة حقيقية .

وأكل الميتة حالة الاضطرار وإن كان عزيمة من حيث هو واجب استبقاء للمهجة ، فرخصة من جهة مافى الميتة من الخبث المحرم ، ومالم يوجبه الله علينا وإن كان واجبا على من قبلنا ، فليس برخصة حقيقية ، وإن سمى رخصة لعدم الدليل المحرم لتركه ، وكذلك كل حكم ثبت جوازه على خلاف العموم المخصص لايكون رخصة ، لأن المخصص بين لنا أن المتكلم لم يرد باللفظ العام لغة صورة التخصيص . فلا يكون إثبات الحكم فيها على خلاف الدليل . لأن العموم إنما يكون دليلا على الحكم فى آحاد الصور الداخلة تحت العموم لغة مع إرادة المتكلم لها ومع المخصص فلا إرادة للعموم (١)

---

(١) الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى جـ ١ ص ١٠١ — ١٠٢ وراجع شرح تنقيح الفصول فى اختصار المحصول للقرافى ص ٨٥ — ٨٧ والابهاج فى شرح المنهاج لشيخ الاسلام على بن عبد الكافى السبكى المتوفى ٧٥٦ هـ وولده تاج الدين عبد الوهاب بن على السبكى المتوفى ٧٧١ هـ ص ٨٢ — ٨٣ .

الحكم الوضعي وأقسامه

التعريف :

الحكم الوضعي عند الأصوليين هو خطاب الله تعالى المتعلق بجعل الشيء سببا لشيء أو شرطا له أو مانعا منه ، أو صحيحا أو فاسداً[1] .

أقسامه : ينقسم الحكم الوضعي إلى خمسة أقسام هي :

١ ـ السببية . ٢ ـ الشرطية . ٣ ـ المانعية . ٤ ـ كون الشيء صحيحا . ٥ ـ كون الشيء فاسدا ـ وإنما سميت هذه الأمور وضعية ، لأن المقصود فيها وضع الشيء وجعله .

فالسببية : هي اعتبار الشيء سببا كجعل دلوك الشمس سببا لوجوب الصلاة ، والقتل العمد العدوان سببا لوجوب القصاص .

والشرطية هي اعتبار الشيء شرطا ، كجعل الطهارة شرطا لصحة الصلاة ، وملك النصاب النامي ، شرطا لإيجاب الزكاة .

والمانعية هي اعتبار الشيء مانعا ، كجعل قتل الوارث مورثه مانعا من إرثه منه ، وكجعل الحيض والنفاس مانعين من صحة الصلاة والصوم ، وكجعل نجاسة المبيع مانعة من صحة البيع .

وكون الشيء صحيحا أو فاسدا أي اعتبار الشيء صحيحاً أو فاسدا في نظر الشارع كاعتبار الصلاة صحيحة في نظر الشارع إذا أقيمت مستوفية لأركانها وشروطها ، واعتبارها فاسدة إذا لم تقع كذلك . هذا وقد انقسم متعلق الحكم الوضعي تبعاً لذلك إلى سبب ، وشرط ، ومانع ، وصحيح ، وفاسد . وفيما يلي بيان لهذه الأنواع .

---

(١) كشف الأسرار ج ٢ ص ٣٢٦ - ٣٢٧ .

السبب

السبب فى اللغة : السبب فى اللغة هو ما يمكن التوصل به إلى مقصود ما .

السبب فى الاصطلاح : السبب عند جمهور الفقهاء هو الأمر الظاهر المضبوط الذى جعله الشارع سبباً وعلامة على وجود الحكم .

وبمقتضى هذا التعريف تثبت حقيقتان هما :

الحقيقة الأولى : هى أن السبب لا ينعقد سببا إلا بجعل الشارع له سبباً . وذلك لأن الأحكام التكليفية هى تكليف من الله سبحانه وتعالى ، والمكلف هو الله تعالى ، وإذا كان المكلف هو الشارع فهو الذى يجعل الأسباب التى ترتبط بها الأحكام أسبابا .

الحقيقة الثانية : أما الحقيقة الثانية فهى أن هذه الأسباب ليست مؤثرة فى وجود الأحكام التكليفية بل هى أمارة لظهورها ووجودها . ويقول الشاطبى فى ذلك : إن السبب غير فاعل بنفسه ، إنما وقع المسبب عنده لا به[1] وقال الغزالى : السبب فى الوضع عبارة عما يحصل الحكم عنده لأنه كما قال : اعلم أنه لما عسر على الخلق معرفة خطاب الله تعالى فى كل حال ، لاسيما بعد انقطاع الوحى أظهر الله سبحانه وتعالى خطابه لخلقه ، بأمور محسوسة ، نصبها أسبابا لأحكامه ، وجعلها موجبة ، ومقتضية للأحكام على مثال اقتضاء العلة الحسية معلولها ، ونعنى بالأسباب هنا أنها هى التى أضاف الشارع الأحكام إليها ، كقوله تعالى : « أقم الصلاة لدلوك الشمس » وقوله تعالى « فمن شهد منكم الشهر

---

(١) الموافقات للشاطبى جـ ١ ص ١٩٦ طبع المكتبة التجارية والمستصفى للغزالى حـ ١ ص ٥٣ - ٦٠ .

فليصمه » وقوله ﷺ «صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته » هذا ظاهر فيما يتكرر من العبادات كالصلاة والصوم ، والزكاة ، فان ما يتكرر الوجوب بتكرره لجدير أن يسمى سببا . أما مالا يتكرر كالإسلام والحج فيمكن أن يقال ذلك معلوم بقوله تعالى « ولله على الناس حج البيت » وكذا وجوب المعرفة على كل مكلف يعلم بالعمومات ، فلا حاجة إلى إضافتها إلى سبب ويمكن أن يقال سبب وجوب الإيمان المعرفة بالأدلة المنصوبة ، وسبب وجوب الحج البيت دون الاستطاعة ولما كان البيت واحداً لم يجب الحج إلا مرة واحدة[1].

وقال الإمام البزدوى : إن الوجوب فى حقنا مضاف إلى أسباب شرعية غير الخطاب وإنما يعرف السبب بنسبة الحكم إليه وتعلقه به ، لأن الأصل فى إضافة الشيء إلى الشيء أن يكون سبباً له حادثا به ، وكذلك إذا لازمه فتكرر بتكرره دل أنه مضاف إليه[2] .

وهكذا نرى أن ارتباط السبب بالمسبب كارتباط العلة بالحكم وجودا وعدما فالمسبب يقع عند وجود السبب ففى قوله تعالى : « أقم الصلاة لدلوك الشمس » جعل الشارع دلوك الشمس سببا وعلامة على ايجاب طلب صلاة الظهر على المكلف ، ومرتبطا وجوبه كلما وجد السبب وهو الدلوك وكذلك إذا عدم الدلوك بأن لم يأت وقته فلا تجب صلاة الظهر لعدم وجود السبب . فالله تعالى جعل السبب هنا علاقة ودليلا على مسببه ، وعدمه يستلزم عدمه فالشارع لم يضع السبب إلا ليكون موصلا لمسببه ، وإلا لانقطعت العلاقة بينهما فلا توصف بالأسباب . فالسكر جعله الشارع سببا للحد ، وإتلاف مال الغير سببا فى الضمان وإتلاف الصبي مال غيره جعله الشارع سببا لوجوب الضمان فى ماله ، وأداء الولى عنه .

ولهذا يقال : وجبت الصلاة لدخول وقتها ، ووجب قطع يد السارق لوجود السبب وهو السرقة ـ وهكذا .

---

(١) المستصفى للغزالى ج ١ ص ٥٣ ـ ٦٠ .

(٢) كشف الأسرار عن أصول البزدوى ج ٢ ص ٣٤١ ـ ٣٤٤ .

فالسبب وصف ظاهر منضبط مناسب أو غير مناسب برتب الشارع عليه حكما يتحقق بتحققه ، وينتفي عند عدمه .

الفرق بين السبب والعلة : هنا وجه شبه بين السبب والعلة وهو ارتباط الحكم بسببه وجودا وعدما ، كارتباط العلة بالحكم ولهذا أطلق بعض الأصوليين على السبب اسم العلة لأن كلا منهما أمارة على الحكم وجوداً وعدما ، ومعناهما لذلك واحد ، فالسفر سبب ، وعلة على إباحة الفطر ، ودلوك الشمس : سبب وعلة على وجوب صلاة الظهر ، ولذلك جعلوا السبب مرادفاً للعلة ، واسماً من أسمائها تطلق عليه بدون فرق بينهما باعتبار أن كلا منهما امارة على الحكم .

والحقيقة أن هذا الرأى ضعيف لأن العلة غير السبب فالعلة لابد أن تكون مشتملة على حكمة مقصودة للشارع من شرع الحكم ، وليست بمجرد امارة وعلامة فقط وإلا لما صح التعليل بها .

رأى آخر : قال بعض آخر من الأصوليين أن بين السبب و العلة تغاير ولكنه غير تام وذلك لأن السبب أعم من العلة ، فقد يكون معقول المعنى وقد يكون غير معقول المعنى ، فإذا كان السبب مما يدرك العقل ارتباط الحكم به كان سبباً وعلة أيضاً : كالسفر ، والمرض فى قوله تعالى : « فمن كان منكم مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر »(١) فقد جعل الشارع المرض أو السفر سبباً فى اباحة الفطر ، وربط الحكم به وهو : علة أيضاً ، لأن العقل يدرك المعنى من المرض ، أو السفر الذى كان سبباً فى الفطر ، لأنه مظنة لدفع المشقة . . فى جعل القتل العمد العدوان سبباً للقصاص من القاتل ، وجعل عقد البيع الصحيح المستوفى لشروطه وأركانه سبباً فى وجود آثاره التى منها نقل الملكية أى نقل ملكية المبيع الى المشترى والثمن الى البائع . والعقل فى كل من السببين المذكورين يدرك المعنى المناسب لارتباط السبب بالحكم وجوداً وعدماً . ولذا كان السبب هنا سبباً وعلة أيضاً .

---

(١) الآية رقم ١٨٤ من سورة البقرة .

وإن كان السبب مما جعله الشارع علامة وأمارة على وجود الحكم وعدمه وهو مما لا يدرك العقل مناسبته للحكم كان سببا لا علة وأمثلة ذلك كثيرة منها شهود الشهر فى وجوب صوم رمضان فى قوله تعالى : « فمن شهد منكم الشهر فليصمه » فشاهدة المكلف لشهر رمضان سبب لوجوب صوم الشهر عليه ، ولا يدرك العقل المعنى من ارتباط وجوب الصيام ، بشهود الشهر ولذا سمى هذا سببا ، لا علة .

ودلوك الشمس جعله الشارع سببا لوجوب الصلاة بقوله تعالى « أقم الصلاة لدلوك الشمس » فالدلوك سبب لا علة لعدم إدراك العقل مناسبة ارتباط الحكم وهو الوجوب أى وجوب صلاة الظهر بسببه وهو دلوك الشمس .

ولذا كان السبب أعم من العلة فى ارتباط الحكم بها فكل علة سبب وليس كل سبب علة أى بينهما عموم وخصوص مطلق يجتمعان وينفرد الأعم .

رأى ثالث بعض الأصوليين يرى أن السبب والعلة متغايران تمام التغاير وإن أطلق أحدهما على الآخر كان الاطلاق مجازيا فهم يرون أن السبب ما جعله الشارع أمارة على وجود المسبب مما ليس معقول المعنى ولا يسمى علة ، والعلة مقصورة على معقول المعنى ولا تسمى سببا .

أثر هذا الاختلاف فى الحقيقة أن الاختلاف هو اختلاف فى الاصطلاح فى اللفظ فقط ولكن الحقائق فى جملتها متحدة ، فالذين يعتبرون العلة داخلة فى معنى السبب يقسمون السبب إلى قسمين : سبب غير مناسب للحكم ، وسبب مناسب للحكم وبهذا التقسيم تتلقى الحقائق وتجتمع .

هذا ومن المقرر أن السبب ينتج الحكم التكليفى التى بنى عليه إذا تحقق شرطه ، وانتفى المانع ، فإذا لم يتحقق الشرط ، أو وجد المانع ، فإن السبب لا ينتج ، فإذا مات المورث ، ولم تعلم حياة الوارث فإنه لا يرث . وإذا علمت حياته ولكن تبين أنه هو الذى قتل المورث فلا ميراث . والأسباب تترتب عليها مسبباتها ولو لم يرد الفاعل تلك المسببات لجعل الشارع الأسباب مترتبا عليها مسبباتها فمن قام بعقد الزواج فأحكامه تترتب عليه ولو لم يرد العاقد ذلك ، والنكاح سبب للحل والمهر ولو اشترط العاقد خلاف ذلك .

أقسام السبب : السبب باعتبار كونـــه فعلا للمكلف أو غير فعل له يأتي على وجهين .

الوجه الأول : الوجه الأول سبب في مقدور المكلف لأنه فعل من أفعاله ولذا رتب عليه الشارع حكمه فالسرقة جعلها الشارع سببا في قطع يد السارق لأنها من فعله ، والزنا جعله الشارع سببا للجلد أو الرجم ، والقتل العمد العدوان جعله الشارع سببا للقصاص . والبيع جعله الشارع سببا لتملك المشترى للمبيع ، وإزالته عن البائع ، وجميع العقود الأسباب فيها في مقدور المكلف أن يفعلها . فعقد الزواج في محله سببا في حل العشرة ، وحل التوارث بين الزوجين ، وتحريم المصاهرة .

الوجه الثاني أما الوجه الثاني فهي أسباب ليس في مقدور المكلف أن يفعلها وهي الأسباب التي جعلها الشارع أمارة على وجود الحكم مثل كون الوقت سببا للصلاة ، وكون الاضطرار سببا لإباحة الميتة ، وهكذا فكل هذه الأسباب ليست من فعل العبد ، وبعضها اختيارات اختبره الله تعالى بها ومنها كذلك كون الموت سببا للميراث .

حكم هذه الأسباب الأسباب إذا وجدت مستوفية لشرائطها منتفية عنها موانعها فان الحكم يرتبط بها سواء رغب المكلف في وجود المسبب أم لم يرغب وسواء أكان في مقدور المكلف أن يفعله ، أم ليس في مقدوره أن يفعله ، معقول الحكمة ، أم غير معقول الحكمة ، فان المسبب يترتب على وجود السبب في كل ذلك متى قصد المكلف السبب اختيارا في المقدور لأن الشارع وحده هو الذي رتب وجود المسبب على وجود السبب .

فمن أدرك دلوك الشمس وجب عليه صلاة الظهر ما لم يوجد مانع ، وإن كان الدلوك ليس من فعله ومن قتل عمدا عدوانا وجب عليه القصاص لأنه من فعله وقصده ، ومن تزوج امرأة واشترط عدم دفع مهر لها وجب عليه المهر لوجود سبب المهر وهو العقد ، ومن طلق امرأته طلاقا رجعيا كان له مراجعتها ولو

اشترط على نفسه عدم مراجعتها . ومن باع شيئا زال ملكه عنه رضى أم لم يرض لأن الشارع ربط المسببات بأسبابها وترتيب المسبب على السبب من وضع الشارع.

ولا يملك المكلف منع ما رتبه الشارع على الأسباب من المسببات متى وجد السبب مستوفيا شروطه ومنتفيا عنه موانعه ولا أثر حينئذ لقصد المكلف إيقاع المسبب اكتفاء بقصده إيقاع السبب إذ ليس فى استطاعة المكلف أن يتدخل فى ترتيب المسببات على الأسباب لأن الشارع وحده هو الذى رتب المسببات على أسبابها .

هذا ويجب أن نلاحظ هنا أيضا أنه إذا كان السبب مطلوبا أو مأذونا فيه فان المسبب يكون حقا من الحقوق ، وأن السبب إذا كان منهيا عنه بشكل عام قد طلب الكف عنه فان المترتب عليه يكون عقوبة فى أكثر الأحوال ، فالسرقة يترتب عليها حدها ، والزنى يترتب عليه حده ، وهكذا ، والغش يجب فيه التعزير والرشوة كذلك واتلاف مال الغير سبب للضمان — ولهذا كان التقسيم التالى .

وهذا النوع من الاسباب وأعنى بها الاسباب التى تكون فى قدرة المكلف تنقسم إلى أقسام فمنه ما يكون سببا مأموراً به أى مطلوبا طلب فعل ، ومنه ما يكون مطلوبا طلب كف ، ومنه ما يكون مأذونا فيه .

وهذه الاسباب باعتبار أن فى قدرة المكلف الإتيان بها ينظر إليها من ناحية أنها داخلة فى خطاب التكليف باعتبار أنها مطلوب الإتيان بها أو الكف عنها أو التخيير فى الفعل والترك ، كما ينظر إليها باعتبار أنها داخلة فى خطاب الوضع فهى من حيث القدرة عليها ، ومن حيث اقتضائها جلب منفعة أو دفع مضرة داخلة تحت الحكم التكليفى . ومن حيث أن الشارع رتب عليها أحكاما أخرى فهى بذلك الاعتبار داخلة تحت الحكم الوضعى ككون النكاح سببا للتوارث بين الزوجين وحل العشرة بينهما وكون ذبح الحيوان ذبحا شرعيا سببا لحل الانتفاع به ، والقتل العمد العدوان سببا للقصاص ، والزنا المتكامل الشروط سببا للعقوبة الحدية . وهكذا .

تقسيم السبب باعتبار ما يترتب عليه : ينقسم السبب باعتبار ما يترتب عليه إلى ما يلى :

أولا : سبب لحكم شرعى تكليفى أخروى .

ثانياً : سبب لحكم شرعى دنيوى .

الوجه الأول : السبب باعتبار ما يترتب عليه قد يكون سببا لحكم شرعى تكليفى أخروى كالدلوك فى قوله تعالى « أقم الصلاة لدلوك الشمس » فإنه سبب لوجوب صلاة الظهر لأن الشارع جعله سبباً لوجوب الصلاة عنده .

وكشهود شهر رمضان فقد جعله الشارع لوجوب صوم رمضان فى قوله تعالى « فمن شهد منكم الشهر فليصمه » .. فالوجوب للصلاة بالدلوك ، والصوم بالشهود للشهر هذه أحكام تكليفية مسببة عن سبب شرعى ومن ذلك الاضطرار الذى هو سبب لإباحة تناول المحرم . . بالثابت بقوله تعالى « فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه » .

الوجه الثانى : قد يكون السبب سببا لحكم شرعى دنيوى كالعقود فإنها أسباب لما يترتب عليها من الآثار ، واتلاف مال الغير فانه سبب لوجوب الضمان وكلاهما مقدور للمكلف وكالقرابة فانها سبب للإرث ، والصغر فانه سبب لثبوت الوصاية على الصغير وكلاهما غير مقدور للمكلف .

رأى الشاطبى : قال الشاطبى فى موافقاته : وضع الأسباب يستلزم قصد الواضع إلى المسببات ، أعنى الشارع ، والدليل على ذلك أمور :

أحدها : أن العقلاء قاطعون بأن الأسباب لم تكن أسباباً لأنفسها من حيث هى موجودات فقط ، بل هى من حيث ينشأ عنها أمور أخر ، وإذا كان كذلك لزم من القصد إلى وضعها أسبابا ، القصد إلى ما ينشأ عنها من المسببات .

الثانى : أن الأحكام الشرعية إنما شرعت لجلب المصالح أو درء المفاسد وهى

مسببا تها قطعا ، فاذا كنا نعلم أن الأسباب إنما شرعت لأجل المسببات ، لزم من القصد إلى الأسباب القصد إلى المسببات .

الثالث : أن المسببات لو لم تقصد بالأسباب لم يكن وضعها على أنها أسباب لكنها فرضت كذلك فهى ولا بد موضوعة على أنها أسباب ولا تكون أسبابا إلا لمسببات ، فواضع الأسباب قاصد لوقوع المسببات من جهتها(١) :

وقال القرافى : إيقاع السبب بمنزلة إيقاع المسبب ، قصد ذلك المسبب أو لا ، لأنه لما جعل مسببا عنه فى مجرى العادات ، عد كأنه فاعل له مباشرة ، يشهد لهذا قاعدة « بمجارى العادات » إذا أجرى فيها نسبة المسببات إلى أسبابها ، كنسبة الشبع إلى الطعام ، والإرواء إلى الماء ، والإحراق إلى النار ، والاسهال إلى السقمونيا ، وسائر المسببات إلى أسبابها ، فكذلك الأفعال التى تتسبب عن كسبنا ، منسوبة إلينا وإن لم تكن من كسبنا ، وإذا كان هذا معهوداً معلوما ، جرى عرف الشارع فى الأسباب الشرعية مع مسبباتها على ذلك الوزن . قال تعالى « من أجل ذلك كتبنا على بنى اسرائيل أنه من قتل نفساً بغير نفس إلى قوله — ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا » .

ز الحديث « مامن نفس تقتل ظلما إلا كان على ابن آدم الاول كفل منها ... أ ر لهمن سن القتل وفيه « من سن سنة حسنة كان له أجرها وأجر من عمل بها » ... ؤ ، ثلاثه « من سن سنة سيئة » وفيه إن الولد لوالديه ستر من النار وان من غرس غرسا كان ما أكل منه له صدقة ، وما سرق منه له صدقة ، وما أكل السبع فهو له صدقة ، وما أكلت الطير فهو له صدقة ، ولا يرزؤه أحد إلا كان له صدقة »(٢) .

وكذلك الزرع ، والعالم يبث العلم فيكون له أجر كل من انتفع به(٣) .

---

(١) الموافقات للشاطبى جـ ١ ص ١٩٤ - ١٩٥ .

(٢) الحديث فى مسلم بتمامه إلى صدره (إن الولد لوالديه ستر من النار) فلم يذكر فيه .

(٢) الموافقات للشاطبى جـ ١ ص ٢١٠ - ٢١٢ .

وقال الشاطبي : إن متعاطي السبب إذا أتى به بكماله وشروطه ، وانتفاء موانعه ، ثم قصد أن لا يقع سببه فقد قصد محالا ، وتكلف رفع ما ليس له رفع ، ومنع ما لم يجعل له منعه . فمن عقد نكاحا على ما وضع له في الشرع ، أو بيعا ، أو شيئا من العقود ، ثم قصد أن لا يستبيح بذلك العقد ما عقد عليه ، فقد وقع قصده عبثا ، ووقع المسبب الذي أوقع سببه . وكذلك إذا أوقع طلاقا أو عتقا قاصداً به مقتضاه في الشرع ، ثم قصد أن لا يكون مقتضى ذلك ، فهو قصد باطل ، ومثله في العبادات إذا صلى ، أو صام ، أو حج كما أمر ، ثم قصد في نفسه أن ما أوقع من العبادة لا يصح له أولا ينعقد قربة أو ما أشبه ذلك فهو لغو وهكذا الأمر في الأسباب الممنوعة ، وفيـــه جاء : « يا أيها الذين آمنوا لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم ولا تعتدوا » الآية ، ومن هنا كان تحريم ما أحل الله عبثا ، من المأكول ، والمشروب ، والملبوس ، والنكاح وهو غير ناكح في الحال ولا قاصد للتعليق في خاص بخلاف العام وما أشبه ذلك لجميع ذلك لغو ، لأن ما تولى الله حليته بغير سبب من المكلف ظاهر مثل تعاطي المكلف السبب فيه . ومثله قوله عليه الصلاة والسلام « إنما الولاء لمن أعتق » وقوله « من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فهو باطل ، وان كان مائة شرط » وأيضا فان الشارع قاصد لوقوع المسببات عن أسبابها كما تقدم فقصد هذا القاصد مناقض لقصد الشارع ، وكل قصد ناقض قصد الشارع فهو قصد باطل ، فهذا القصد باطل[1] .

وأنهى الشاطبي كلامه بقوله : هـذا هو حكم الأسباب إذا فعلت باستكمال شرائطها ، وانتفاء موانعها »[2] .

أما إذا لم تفعل الأسباب على ما ينبغي ، ولا استكملت شرائطها ، ولم تنتف موانعها ، فلا تقع مسبباتها شاء المكلف أو أبى ، لأن المسببات ليس وقوعها أو عدم وقوعها لاختياره وأيضا فالشارع لم يجعلها أسباباً مقتضية إلا مع وجود

---

(١) ، (٢) الموافقات للشاطبي جـ ١ ص ٢٢٤ ، ٢٢٥

شرائطها ، وانتفاء موانعها ، فإذا لم تتوفر لم يستكمل السبب أن يكون سببا شرعيا، سواء علينا أقلنا إن الشروط وانتفاء الموانع أجزاء أسباب أم لا ؟ فالثمرة واحدة — وأيضا لو اقتضت الأسباب مسبباتها وهي غير كاملة بمشيئة المكلف ، أو ارتفعت اقتضاآتها وهي تامة ، لم يكن لما وضع الشارع منها فائدة ، ولكان وضعه لها عبثا ، لأن معنى كونها أسبابا شرعية هو أن تقع مسبباتها شرعا ، ومعنى كونها غير أسباب شرعية هي ألا تقع مسبباتها شرعاً ، فإذا كان اختيار المكلف يقلب حقائقها شرعا ، ولم يكن لها وضع معلوم في الشرع ، وقد فرضناها موضوعة في الشرع على وضع معلوم كان هذا خلف محال ، وما يؤدي إليه هو مثله محال — وبذلك ثبت أن اختيارات المكلف لا تأثير لها في الأسباب المشروعة[1] .

السبب في نظر الشيعة الإمامية : السبب عند الإمامية كما هو عند جمهور الفقهاء : هو الأمر الظاهر المضبوط الذي جعله الشارع امارة للحكم .

أقسامه : قسم الشيعة الإمامية السبب إلى أقسام مختلفة من حيث حقيقته منها .

١ — الوقت : قد يكون السبب هو الوقت ، كوقت الصلاة بالنسبة لوجوبها فقيه إذا أديت تكون أداء . أما إذا صلى المكلف الصلاة المفروضة في غير وقتها فانها تعتبر قضاء ، وكنهار رمضان بالنسبة للصوم ، فانه يعتبر أداء فيه ، وقضاء إذا صامه بعده .

٢ — النصاب : قد يكون السبب ليس هو الوقت ، بل يكون أمرا آخر كالنصاب بالنسبة لوجوب الزكاة ، فان السبب في وجوبها هو بلوغ المال المزكى عنه نصابا شرعيا حال عليه الحول خال عن الدين والحوائج الأصلية .

٣ — التصرف : وقد يكون السبب البيع أو عقد الزواج أو أي تصرف آخر جعله الشارع مقتضيا لأثر شرعي رتبه عليه كالبيع في إثباته للملكية ،

---

(١) المرجع السابق .

والزواج فى إثباته لحقوق الرجل والمرأة مشتركة بينهما ، كالميراث ، وحل العشرة الزوجية ، أو بالنسبة لأحدهما على الآخر .

٤ — وقد يكون السبب معصية رتب الشارع عليها عقوبة مقررة ثابتة ، كالسرقة ، فانها توجب قطع اليد ، وكالزنى فانه سبب للحد ، وكالقذف فانه سبب للجلد ثمانين جلدة ، فهذه كلها أسباب ترتب عليها أحكام شرعية[1] .

السبب المشروع متى ترتفع مشروعيته : قال الشاطبى :

السبب المشروع لحكمة لا يخلو أن يعلم أو يظن وقوع الحكمة به أو لا ؟ فان علم أو ظن ذلك فلا إشكال فى المشروعية ، وإن لم يعلم أو يظن ذلك فهو على ضربين :

أحدهما : أن يكون ذلك لعدم قبول المحل لتلك الحكمة ؟ أو يكون ذلك لأمر خارجى . . . فان كان الأول ارتفعت المشروعية أصلا فلا أثر للسبب شرعا البتة إلى ذلك المحل ، مثل الزجر بالنسبة إلى غير العاقل إذا حصل منه اعتداء على أحد . ومثل العقد على خمر أو خنزير ، والطلاق بالنسبة إلى أجنبية عن المطلق ، والعتق بالنسبة إلى عتق ملك الغير ، وكذلك العبادات ، وإطلاق التصرفات بالنسبة إلى غير العاقل ، وما أشبه ذلك .

وقال الشاطبى : إن الأصل أن قد فرض لحكمة ، بناء على قاعدة إثبات المصالح ، فلو ساغ شرعة مع فقدان الحكمة منه فى الجملة لم يصح أن يكون مشروعا ، والفرض أنه مشروع .

كذلك لو كان فرض الشارع الشىء سببا لشىء آخر دون أن يكون فى ذلك حكمة للزم أن تكون الحدود وضعت لغير قصد الزجر ، والعبادات شرعت لغير قصد الخضوع لله سبحانه وتعالى ، وكذلك سائر الأحكام الشرعية ، وذلك باطل باتفاق القائلين بتعليل الأحكام .

---

(١) راجع التهذيب وحاشيته ص ٦ وما بعدها .

هذا بالنسبة للشق الأول . أما بالنسبة للشق الثانى وهو ان امتناع الحكمة عن السبب لأمر خارجى مع قبول المحل من حيث نفسه وهل يؤثر ذلك الأمر الخارجى على شرعية السبب أم يجرى السبب على أصل مشروعيته ؟ فهذا يحتمل والخلاف فيه واقع ، فمن العلماء من يرى أن شرعية السبب لا ترتفع لعدم تحقق الحكمة بسبب أمر خارجى ومنهم من يرى أن مشروعية السبب ترتفع فى هذه الحالة ولكل أدلته نسوقها فيما يلى .

استدل من يرى أن مشروعية السبب لا ترتفع لتخلف حكمته بسبب أمر خارجى فقال :

١ — إن القاعدة الكلية لا تقدح فيها قضايا الأعيان ، ولا نوادر التخلف فحيث أن المحل قابل فى ذاته للحكمة ، فلا يؤثر تخلفها فى فرد بخصوصه بسبب أمر خارجى بل يظل الحكم مضطردا كالرجل الغنى المترف فى سفره فانه مع ذلك يضطرد معه حكم السفر بالنسبة لقصر الصلاة الرباعية وجواز الفطر إذا كان السفر فى رمضان ، ولذلك يقال لمن علق الطلاق على النكاح ان المحل قابل للحكمة والمانع خارج فيجرى السبب على أصله .

٢ — كذلك يقال للمعارضين : إن الحكمة إما أن تعتبر بمحلها وكونه قابلا لها فقط ، وإما أن تعتبر بوجودها فيه . فان اعتبرت الحكمة بقبول المحل لها فقط وهذا هو ماندعيه فيظل السبب جار على أصله ولا يتخلف حكمه بتخلف حكمته فى فرد من أفراد المحل ، فالمحلوف بطلاقها فى مسألة[1] التعليق قابلة للعقد عليها من الحالف وغـــيره ، فلا يمنع ذلك إلا بدليل خاص فى المنع ، وهو غير موجود .

٣ — وإن اعتبرت الحكمة بوجودها فى المحل أى بوجودها فعلا لزم أن يعتبر فى منع مشروعية السبب ومنع اطراد الحكم فقدان هذه الحكمة مطلقا أى سواء كان فقدان الحكمة لمانع أو لغير مانع . كسفر الغنى المترف فانه لا مشقة

---

(١) راجع الموافقات للشاطبى جـ ١ ص ٢٥٠ - ٢٥٣

فيه بالنسبة له أو هو مظنة عدم وجود المشقة فيمتنع عليه قصر الصلاة الرباعية والإفطار فى سفره وكذلك إبدال الدرهم بمثله ، والدينار بمثله ، مع أنه لا فائدة فى هذا العقد ، وما أشبه ذلك من المسائل التى نجد الحكم فيها جاريا على أصل مشروعيته ، والحكمة غير موجودة .

ولا يقال إن السفر مظنة المشقة بإطلاق ، وإبدال الدرهم بالدرهم مظنة لاختلاف الأغراض بإطلاق ، وكذلك سائر المسائل التى فى معناها ، ولهذا جاز بقاء الحكم فيها جاريا على أصل مشروعيته مع انتفاء الحكمة — بخلاف نكاح المحلوف بطلاقها بإطلاق ، فانها ليست بمظنة للحكمة أصلا . ولا توجد فيها بحال .

لا يقال ذلك القول ويعترض به على ما قلناه لأن المقارنة على ما صورتم غير مستقيمة ، ولأنه لا يلزم أن يقارن المطلق بالمطلق فالحلف بطلاق أجنبية إن تزوجها هو الذى يقارن بالسفر فاذا قلتم بجواز الافطار بسبب السفر مطلقا فلتقولوا بجواز الحلف بطلاق الأجنبية معلقا على الزواج منها وإن لم تكن هناك حكمة موجودة من الزواج من المحلوف بطلاقها ، لأنها صورة مقيدة من مطلق صور نكاح الأجنبيات . بخلاف نكاح القرابة المحرمة كالأم والبنت مثلا . فانها محرمة باطلا ، فالمحل غير قابل باطلاق .

٤ — وأيضا يجب سريان الحكم جريا على أصل مشروعيته مع تخلف الحكمة فى بعض أفراد محله اعتماد على أن قابلية المحل للحكمة كاف لأن اعتبار الحكمة فى محل عينا لا ينضبط لأن الحكمة لا توجد الا ثانيا عن وقوع السبب فنحن قبل وقوع السبب جاهلون بوقوعها أو عدم وقوعها .

فكم من طلاق على إثر إيقاع النكاح ، وكم من نكاح فسخ إذ ذاك لطارىء طرأ أو مانع منع ، وإذا لم نعلم وقوع الحكمة فلا يصح توقف مشروعية السبب على وجود الحكمة ، لأن الحكمة لا توجد إلا بعد وقوع السبب ، وقد فرضنا وقوع السبب بعد وجود الحكمة وهو دور محال ، فاذاً لابد من الانتقال إلى اعتبار مظنة قبول المحل لها على الجملة كافيا .

أدلة المانعين : استدل المانعون على ماذهبوا إليه بأوجه ثلاثة هى :

أولا — قالوا إن قبول المحل للحكمة إما أن يعتبر شرعا بكونه قابلا فى الذهن خاصة ولو كانت هذه الحكمة غير موجودة فى الخارج أو لا يقبل الذهن وجودها خاصة فما لا يقبل الذهن وجود حكمة له لا يشرع التسبب فيه وإما أن تكون المشروعية فيه باعتبار وجود حكمة الحكم فى الخارج وما لا توجد حكمته فى الخارج لا يشرع السبب فيه أصلا سواء كان قابلا للحكمة ذهنا أو لا .

فان كان المقصود هو الفرض الأول فهذا غير صحيح ، لأن الأسباب المشروعة ، إنما شرعت لمصالح العباد وهى حكم المشروعية ، فما ليس فيه مصلحة ولا هو مظنة مصلحة موجودة فى الخارج ، فهذا قد ساوى ما لا يقبل المصلحة لا فى الذهن ولا فى الخارج من حيث المقصد الشرعى . وإذا استويا امتنعا أو جازا ، لكن جوازهما يؤدى إلى جواز ما اتفق على منعه ، وإذا فلابد من القول بمنعهما مطلقا .

٢ — ثانياً أننا لو أعملنا السبب هنا مع العلم بأن المصلحة لا تنشأ عن ذلك السبب ولا توجد به لكان ذلك نقضاً لقصد الشارع فى شرع الحكم ، لأن التسبب هنا يصير عبثا ، والعبث لا يشرع بناء على القول بالمصالح وإذا فلا فرق بين هذا وبين مالا حكمة له لا ذهنا ولا خارجا .

٣ - إن القول بأن هناك مسائل أجاز الفقهاء سريان الحكم الشرعى فيها باعتبار الأصل مع أن حكمة هذا الحكم غير موجودة فيها لا يفيد جواز بقاء المشروعية فى غيرها لأن جواز ما أجيز من تلك المسائل إنما هو باعتبار وجود الحكمة ، ففى السفر سريان الحكم على سفر الغنى والفقير إنما هو باعتبار أن المشقة الظن بوجودها غالب ، لكن المشقة تختلف باختلاف الناس ولا تنضبط ، فأقيم الظن الغالب بوجود المشقة وهى الحكمة من الترخيص بالقصر والإفطار فى السفر أقيم مقام وجودها حقيقة فى الخارج إذا وجد السفر سواء كان سفر مترفة أو سفر فقير وذلك ضبطا للقوانين الشرعية ، كما جعل التقاء الختانين

ضابطا لمسبباته الملومة وان لم يمكن الماء عنه ، لأن التقاء الختانين مظنة الإنزال وجعل الاحتلام مظنة حصول العقل القابل للتكليف ، لأنه غير منضبط فى نفسه وهكذا .

أما إبدال درهم بمثله فالمماثلة من كل وجه قد لا تتصور عقلا ، فانه مامن متماثلين الا وبينهما افتراق ولو فى تعيينهما ، كما أنه ما من مختلفين إلا وبينهما مشابهة ولو فى نفى ما سواهما عنهما ولو فرض التماثل من كل وجه فهو أمر نادر ولا يعتد بمثله أن يكون معتبرا[١] .

وجه الشاطبى : كلامه فى هذا الموضوع مرجحا الرأى الأول أن هناك أصلين أحدهما : أن الأحكام الشرعية المشروعة للمصالح لا يشترط وجود المصلحة فى كل فرد من أفراد محالها ، وإنما يعتبر أن يكون مظنة لها خاصة .

والثانى : أن الأمور العادية إنما يعتبر فى صحتها أن لا تكون مناقضة لقصد الشارع ، ولا يشترط ظهور الموافقة .

الأسباب غير المشروعة والأحكام المترتبة عليها : كما أن الأسباب المشروعة يترتب عليها أحكام ضمنا ، كذلك الأسباب غير المشروعة يترتب عليها أحكام ضمنا ، كالقتل يترتب عليه القصاص ، والدية فى مال الجانى أو العاقلة ، وغرم القيمة إن كان المقتول عبداً ، والكفارة .

وكذلك التعدى على مال الغير يترتب عليه الضمان ، والعقوبة بالنسبة للمتعدى .

والسرقة يترتب عليها الضمان ، والقطع بالنسبة للسارق . . وما أشبه ذلك من الأسباب الممنوعة فى خطاب التكليف المسببة لهذه الأسباب فى خطاب الوضع .

وقد يكون هذا السبب الممنوع يترتب عليه أمر يعتد به شرعا له أحكامه

---

(١) المصدر السابق ص ٢٥٣ — ٢٥٧

ومستتبعاته وإن كان هذا السبب الممنوع لم يقصد به ذلك الأمر فى نظر الشارع فمثلا ليس . من مقاصد الشرع بالنسبة لعقد الزواج إيقاع الطلاق ، وإن كان الزواج يترتب عليه الطلاق لأنه لا طلاق إلا فى ملك عصمة .

والقتل يترتب عليه ميراث الورثة ، وإنفاذ الوصايا ، وعتق المدبرين ، وحرية أمهات الأولاد والأولاد ، والشرع ليس من مقاصده القتل ليترتب عليه هذه الأمور :

وكذلك الإتلاف بالتعدى يترتب عليه ملك المتعدى الشيء المتلف ، تبعاً لتضمينه قيمته ، فكان سبب الملك هنا سببا غير مشروع أصلا .

وكذلك الغصب يترتب عليه ملك الغاصب المغصوب إذا تغير فى يديه . وهكذا على تفصيل فى ذلك ذكره الفقهاء فى موضعه فى كتب الفقه . . . والمراد معرفته هنا هو هل يعتد بهذه النتائج باعتبارها ناتجة ومقصوده من الشارع عن السبب فيها وهو سبب منعه الشارع . . عن هذا أبان الشاطبى الأمر ووضحه وذكر أن الأمر ذو شقين نذكرهما فيما يلى :

متى يقصد إلى النتيجة الحادثة من السبب: وضع الشاطبى رحمه الله قاعدة بها يعرف هل القصد إلى النتيجة كان متواجدا مع فعل السبب من المتسبب أم لا ؟ فقال : —

السبب غير المشروع إذا تضمن أثرا ضارا يمن أتى للسبب فهذا يؤكد أن المتسبب (بضم الميم وتشديد الباء مع كسرها) ليس قاصدا هذا الاثر لانه مفسدة له . فمن قتل لا يقال ان قصد بقتله ان يقتص منه ومن سرق لا يقال انه قاصد أن تقطع يده الخ .

أما ما يتضمنة السبب من مصالح تبعية فهل يعتبر الفاعل للسبب قاصدا لها أم لا ؟ وهل يؤثر قصده على المصالح الناتجة عن فعله غير المشروع أم لا ؟ .

الاحتمال الاول أن يقصد المتسبب بسببه غير المشروع غاية عامة من أجلها منع الشارع السبب الذى أتاه كأن يقصد من القتل التشفى واراحة نفسه وشفاء غليله ممن قتله .

أو يقصد بغصبه للعقار بجرد منع مالك العقار من الاستفادة بعقاره .

أثر هذا القصد وهذا القصد العام الذى من أجله منع الشارع السبب لا يقدح فى المصلحة الضمنية المترتبة عليه إلا يقصد سد الذرائع فقط ، وعلل لذلك الشاطبى فقال إن الاسباب غير المشروعة التى ينتج عن اتيانها بعض المصالح أسباب تحصل عنها مسبباتها بمجرد اتيانها — فسدا للذرائع يحرم المرتكب لها من النتائج المفيدة التى تأتى ضمنا تبعا لهذه المسببات وذلك من باب سد الذرائع فقط . فمثلا القتل بقصد التشفى من المقتول ، والغصب لمجرد منع المغصوب منه من الانتفاع بالمغصوب يحرم القاتل من الميراث سدا للذرائع فقط وان كان لم يقصد إلا التشفى أو كان القتل خطأ . عند من قال بحرمانه لكن إذا تغير المغصوب فى يد غاصبه أو أتلفه فان كان التغير كثيرا فصاحب المغصوب مخير فيه ، ويجوز للغاصب الانتفاع به على ضمان القيمة على كراهية عند بعض العلماء . وعلى غير كراهية عند الآخرين . . . .

سبب الحل فى هذه الحالة قال الشاطبى وسبب ذلك أن قصد المتسبب لم يناقض قصد الشارع فى ترتب الاحكام على هذه المسائل ، لأن تخيير المغصوب منه وجواز الانتفاع للغاصب بماغصبه فى المسألة السابقة مبنى لا على الغصب بل على ان الغاصب ضامن للقيمة ، أو لتغير المغصوب بحيث أصبح غير الحالة الاولى أو مقترنا ذلك على ضمان القيمة وتغير المغصوب تغيراً كثيرا .. ومخالفة الغاصب هى فى ارتكابه مانهى عنه الشارع وهو الغصب المنهى عن إتيانه . والقصد إلى السبب بعينه ليحصل به غرض مطلق ، غير القصد إلى هذا السبب بعينه الذى هو ناشىء عن الضمان أو القيمة ، أو مجموعهما — فبين الامرين فرق هو أن الغصب يتبعه لزوم الضمان على فرض تغير المغصوب فتجب القيمة بسبب التغير الناشىء عن الغصب ، وحين وجبت القيمة وتعينت صار المغصوب لجهة الغاصب ملكاله ، وحفظا لمال الغاصب ان يذهب باطلا باطلاق ، فصار ملكه تبعا له لإيجاب القيمة عليه ، لا بسبب الغصب ، فانفك القصدان فصد القاتل التشفى ، غير قصده الميراث ، وقصد الغاصب الانتفاع غير قصده لضمان القيمة . واخراج المغصوب عن ملك المغصوب منه .

ولهذا جرى الحكم التابع الذى لم يقصده القاتل ، والغاصب على مجراه ، وعومل بنقيض مقصوده فيما قصد مخالفته الشارع فيه وهو الانتفاع بلا مقابل ، وعدم العقاب وذلك بعقابه ، وأخذ المغصوب منه أو قيمته وهذا ظاهر إلا ما سدت فيه الذريعة(١) .

الاحتمال الثانى : وهو اعتبار أنه باتيانه السبب غير المشروع قد قصد به المصلحة التى تعود عليه ضمنا وانه قاصد توابع السبب وذلك كالوارث يقتل المورث ليحصل على الميراث والموصى له يقتل الموصى ليحصل له الموصى به ، والغاصب يقصد ملك المغصوب فيغيره ليضمن قيمته ويتملكه ، وأشباه ذلك .

قال الشاطبى : وهذا التسبب باطل ، لأن الشارع لم يمنع تلك الأشياء فى خطاب التكليف أى لم ينه عن ذلك ليحصل بها فى خطاب الوضع مصلحة . فليست إذاً بمشروعة فى ذلك التسبب ، وهذا الموضوع محل اختلاف الفقهاء ، فهناك رأيان .

الأول : أن المصلحة الضمنية هنا غير مشروعة لأنها مناقضة لقصد الشارع عينا فقد قصد الفاعل بالسبب الذى أتاه المسبب بعينه الذى لم يجعله الشارع من أسبابه فليس الغصب والسرقة مثلا من أسباب الملك فى نظر الشارع ، وليس قتل المورث من أسباب ميراث الوارث القاتل ، والمتسبب قاصد بإتيانه السبب بعينه إلى ذلك المسبب بعينه فيكون قصده بعينه مناقضا لقصد الشارع بعينه فلا يترتب بالسبب ما قصده المسبب . وتنشأ من هنا قاعدة (المعاملة بنقيض المقصود) ويطلق الحكم باعتبارها إذا تعين ذلك القصد المفروض ؟ وهو مقتضى الحديث (لاميراث لقاتل) ومقتضى الفقه فى حديث (لا يجمع بين متفرق ولا يفرق بين مجتمع خشية الصدقة)(٢) .

---

(١) الموافقات للشاطبى جـ ١ ص ٢٥٩ — ٢٦٣

(٢) هذا الحديث كتبه أبو بكر رضى الله عنه إلى أنس حين وجهه إلى البحرين وهو حديث طويل أخرجه البخارى وأبو داود والنسائى .

ومن هنا قال بعض الفقهاء بميراث المبتوتة في مرض الموت ، وبتأبيد التحريم على من نكح في العدة .

الثاني : أما الرأي الثاني فيرى أن هذه الحالة كالحالة السابقة التي لا يعتبر فيها الفاعل قاصداً بإتيانه السبب هذه المصلحة التابعة للتسبب ولا يعتبر أنه قصد تلك المصلحة الجانبية وهو بذلك يستوي مع الحكم الأول(١) .

---

(١) الموافقات للشاطبي جـ ١ ص ٢٦١ .

الشرط

المعنى اللغوى للشرط : الشرط معناه فى اللغة العلامة اللازمة ومنه قوله تعالى : « فهل ينظرون إلا الساعة أن تأتيهم بغتة فقد جاء أشراطها » أى جاءت علاماتها اللازمة لكون الساعة آتية لا محالة .

ومنه الشرطى لأنه نصب نفسه على زى وهيئة لا يفارقه ذلك فى أغلب أحواله فكأنه لازمه ، ومنه شرط الحجام لأنه يحصل بفعله فى موضع المحاجم علامة لازمة .

ومنه الشروط فى الوثائق لأنها تكون لازمة . فعرفنا أن الشرط فى اللغة العلامة اللازمة .

الشرط فى الاصطلاح : هو وصف ظاهر منضبط مكمل لمشروطه ، يستلزم عدمه عدم الحكم ولا يستلزم وجوده وجود الحكم .

قال السرخسى فى أصوله : الشرط فى أحكام الشرع هو اسم لما يضاف الحكم إليه وجوداً عنده لا وجوبا به فان قول القائل لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق ، يجعل دخول الدار شرطاً حتى لا يقع الطلاق بهذا اللفظ إلا عند الدخول ويصير الطلاق عند وجود الدخول مضافا إلى الدخول موجودا عنده لا واجبا به بل الوقوع بقوله أنت طالق عند الدخول .

وقال الغزالى فى مستصفاه : اعلم أن الشرط عبارة عما لا يوجد المشروط مع عدمه لكن لا يلزم أن يوجد عند وجوده ، وبذلك فارق الشرط العلة إذ العلة يلزم من وجودها وجود المعلول والشرط يلزم من عدمه عدم المشروط ولا يلزم من وجوده وجوده .

فالشرط أمر خارج من حقيقة المشروط ، يلزم من عدمه عدم المشروط ولا يلزم من وجود الشرط وجود المشروط فقد يوجد الشرط ولا يوجد المشروط .

الشرط فى نظر الشاطبى : يرى الشاطبى إن الشرط سواء كان شرطا للسبب أو شرطا للدائم بأنه هو ما كان ، وصفا مكملا لمشروطه فيما اقتضاه ذلك المشروط

أو فيما اقتضاه الحكم فيه. وضرب لذلك أمثلة منها حولان الحول وإمكان النماء فهما شرطان لوجود الزكاة فى المال لانهما مكملان لمقتضى الملك أو لحكمة الغنى. والإحصان شرط لوجوب عقوبة الرجم فى الزنى لأن الإحصان مكمل لوصف الزنى فى اقتضائه الرجم، والتساوى فى حرمة الدم شرط لوجوب عقوبة القصاص فى جناية القتل، لأن التساوى فى الحرمة مكمل لمقتضى القصاص، أو لحكمة الزجر، والطهارة واستقبال القبلة فى الصلاة، وستر العورة من شروط صحة الصلاة لأنها أوصاف مكملة لفعل الصلاة، أو لحكمة الانتصاب للمناجاة والخضوع لله سبحانه وتعالى. وهكذا.

ويرى الشاطبى ان المعتبر أن يكون الشرط وصفا مكملا لمشروطه فيما اقتضاه ذلك المشروط، أو فيما اقتضاه الحكم فيه فيستوى لذلك ان يكون وصفا للسبب أو للعلة، أو للسبب أو للمعلول أو لمحالها، أو لغير ذلك، مما يتعلق به مقتضى الخطاب الشرعى، فالشاطبى بذلك قد أدمج الشرط فى السبب والشرط فى المانع وذكر لهما تعريفا واحدا، وهو بادماجهما فى تعريف واحد، يريد جعل الشرط نوعا واحدا كما سيأتى له ذلك فى المانع أيضا ويجعل ذلك اصطلاحه.

ويتضح من الأمثلة التى ذكرها الشاطبى للشرط ان المثال الأول وهو حولان الحول وامكان النماء هو شرط للسبب لأن ملك النصاب سبب فى وجوب الزكاة وحكمته التى اقتضاها وصف الغنى، وشرط هذا السبب المكمل له فى هذه الحكمة هو إمكان النماء لأن استقرار حكم الملك إنما يكون بالتمكن من الانتفاع به فى وجوه المصالح فقدر لذلك حول فهو مقدار زمنى يظهر له وجه كونه غنيا. فعدم الشرط وهو التمكن ينافى حكمة السبب وهو الغنى، وعليه متى اختلت حكمة السبب لعدم الشرط فلا يترتب الحكم أيضا.

والاحصان شرط لحكم الزنا الحكم وهو الحكم بالرجم. فالزنا سبب لحكم هو الرجم، وحكمته حفظ النسل، وبقاء النوع الإنسانى فاذا عدم الشرط وهو الإحصان فى الزانى كان الزانى معذورا، فعدم الحكم وهو الرجم مع بقاء حكمة السبب وهى حفظ النسل وبقاء النوع الإنسانى، لأن حفظ النسل يحصل برجم المحصن وغير المحصن

والقتل العمد العدوان سبب فى وجوب القصاص من القاتل وشرط هذا السبب هو تساوى الدماء فى الحرمة والحكمة المترتبة من شرعية الحكم بالقصاص هو الزجر واستتباب الأمن ، وشرط التكافؤ فى الدماء بحيث لا يقتل الأعلى بالأدنى ، فاذا اختل هذا الشرط اختلت حكمة السبب وهى الزجر واستتباب الأمن لأنه يترتب على قتل الأعلى بالأدنى مفسدة ونزاع وهرج لأنه لا تقبله النفوس(١) فعدم الشرط مخل بحكمة السبب فلا حكم أيضا .

المثال الرابع شرط الطهارة واستقبال القبلة وستر العورة فى الصلاة هذه شروط للسبب وهى الصلاة فالصلاة سبب للثواب وحكمتها الانتصاب للمناجاة بالخضوع والأدب ، والطهارة شرطها وعدم الطهارة ينافى حكمة الخضوع والأدب فلا يترتب عليه الحكم وهو الثواب(٢) .

والشرط باعتبار أنه مكمل لغيره يتنوع إلى نوعين :

١ ــ شرط مكمل للسبب. ٢ ــ شرط مكمل للمسبب.

النوع الاول الشرط المكمل للسبب وهو الذى يشتمل على حكمة مكملة لحكمة السبب ، وذلك كمرور الحول ــ الذى حكمته تحقق نماء المال ــ فإن مرور الحول شرط مكمل لملكية النصاب الذى هو سبب لوجوب الزكاة التى حكمتها مواساة المحتاجين .

---

(١) رد الحنفية على ذلك بأن الحكمة تتحقق فى قتل الأعلى بالأدنى وكان ردهم مطولا فى كتبهم فليرجع اليه من شاء وذكرت ذلك فى كتابى القصاص والديات والعصيان المسلح .

(٢) راجع الموافقات للشاطبى جـ١ ص٢٦٢ - ٢٦٣

فعدم مرور الحول : يستلزم عدم وجوب الزكاة ، لأن الملك المستمر طوال الحول هو الذى يعتبر ملكا ، أما من ملك شيئا لمدة أيام أو شهور ثم زال عنه ، فإن ذلك ملك ناقص لا يعتبر صاحبه غنيا حتى يأمره الشارع بمواساة غيره من ذوى الحاجات منه .

والقدرة على تسليم المبيع فانه شرط فى صحة البيع ، فعدم القدرة على تسليم المبيع يستلزم عدم صحة البيع ، لأنه معاوضة مالية ، فإذا عجز البائع عن تسليم المبيع : انتفت الحكمة التى من أجلها بذل المشترى ماله فى سبيل ملك المبيع .

النوع الثانى الشرط المكمل للمسبب (الحكم) هو الشرط الذى يشتمل على حكمة مكملة للمسبب (الحكم) كالوضوء فانه شرط مكمل للصلاة التى تهب بالخلوك ومسببة عنه باعتبار أن الغرض منها تعظيم الخالق الذى يناسبه أن يقف المصلى بين يدى الله طاهر الثوب ، والبدن . ويلزم من عدم الطهارة ، عدم صحة الصلاة .

وموت المورث ، وحياة الوارث هما شرطان للإرث الذى تسبب عن النسب أو المصاهرة باعتبار أن كلا منهما كان سببا فى المناصرة ، والمعاونة بين الوارث وبين مورثه.

الشرط باعتبار الواضع له

الشرط باعتبار الواضع له يتنوع أيضا إلى نوعين هما :

١ – شرط شرعى ويقال له : الحقيقى وهو ما كان باشتراط الشارع سواء كان مكملا للسبب أو للمسبب كالطهارة للصلاة . والإحصان للرجم .

٢ — شرط جعلي : وهو مايشترطه أحد المتعاقدين أوكل منهما فى العقد ليحقق مقصدا لهما. والشروط الجعلية إما شروط مقترنة بالعقد أو شروط يعلق نفاذ العقد عليها .

قال الآمدى : والشرط ماكان عدمه مخلا بحكمة السبب فهو شرط السبب كالقدرة على التسليم فى باب البيع ، وماكان عدمه مشتملا على حكمة مقتضاها نقيض حكم السبب مع بقاء حكمة السبب ، فهو شرط الحكم ، كعدم الطهارة فى الصلاة مع الإتيان بمسمى الصلاة والحكم الشرعى فى ذلك إنما هو قضاء الشارع على الوصف بكونه مانعا ، أوشرطا لانفس الوصف المحكوم عليه (١)

تعريف الشاطبى للشرط :عرف الشاطبى الشرط بماكان وصفا مكملا لمشروطه فيما اقتضاه ذلك المشروط أو فيما اقتضاه الحكم فيه ، كما نقول : إن الحول ، أو إمكان النماء مكمل لمقتضى الملك أو لحكمة الغنى ، والإحصان مكملى لوصف الزنا فى اقتضائه الرجم .

تنبيه : الشروط الجعلية مع مشروطاتها ثلاثة أنواع هى :

١ — شرط مكمل لحكمة المشروط بحيث لايكون فيه ماينافيها كاشتراط الرهن والكفيل ، والنقد ، والنسيئة فى الثمن ، واشتراط الحول فى الزكاة ، والحرز فى قطع اليد . وهذا القسم لاإشكال فى صحته فى التشريع وفى جملته من المكلف لأنه مكمل لحكمة كل سبب يقتضى حكما .

٢ — شرط غير ملائم لمقصود المشروط ، ولامكمل لحكمته بل هو على الضد من الأول كما إذا اشترط فى الزواج ألاينفق على الزوجة ، أو شرط فى البيع إلا ينتفع بالمبيع ، وهذا القسم أيضا لا إشكال فى عدم صحته لأنه مناف لحكمة

(١) الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى حـ ١ ص ١٢٠ — ١٢١ .

السبب فلا يصح أن يجتمع معه فيكون لاغيا ، ثم هل يفسد المشروط إذا اقترن به أو لا ؟ هذا محل نظر .

٣ - ألا يظهر فى الشرط منافاة للمشروط ولا ملاءمة له ، وهذا النوع من الشروط قيل يلحق بالنوع الأول نظرا لعدم منافاته للمشروط - وقيل يلحق بالقسم الثانى نظرا إلى عدم ملاءمته ظاهرا . . والقاعدة فى مثل هذه هو التفرقة بين العبادات والمعاملات فما كان من العبادات لا يكتفى فيه بعدم المنافاة دون ظهور الملاءمة لأن الأصل فيها هو التعبد دون الالتفات إلى المعانى ، والأصل فيها ألا يقدم عليها المكلف إلا باذن إذ لا مجال للعقول فى اختراع التعبدات فكذلك ما يتعلق بها من الشروط - أما ما كان من المعاملات فانه يكتفى فيها بعدم المنافاة لأن الأصل فيها الالتفات إلى المعانى دون التعبد ، والأصل فيها الإذن حتى يدل الدليل على خلافه .

رأى الشاطبى : قال الشاطبى : الشروط على ثلاثة أقسام .

١ — فهى إما عقلية كالحياة فى العلم ، والفهم فى التكليف .

٢ — وإما عادية كالشرط فى الإحراق أن تلاصق النار الجسم المحرق - والشرط فى الإبصار أن يقابل الرائى المرئى وتوسط الجسم الشفاف .

٣ — وإما شروط شرعية كشرط الطهارة لصحة الصلاة ، والحول فى وجوب الزكاة ، والإحصان فى الزنى لوجوب الرجم .

وقال الشاطبى : إن القسم الثالث من الشروط هو المقصود بالذكر هنا ، وإن حصل أن تعرض الأصوليون لشرط من شروط القسمين الأولين فإنما يحدث ذلك من حيث تعلق به حكم شرعى فى خطاب الوضع أو خطاب التكليف ويصير إذ ذاك شرعيا بهذا الاعتبار، فيدخل تحت القسم الثالث .

الشروط مكملة للأسباب الشرعية وليست جزءاً منها : ويرى الشاطبي أن الشرط مع المشروط كالصفة مع الموصوف ، وليس بجزء ويدلل على ذلك فيقول .

إن السبب فى وجوب الزكاة هو الغنى ولا يظهر ذلك إلا بحولان الحول على ملك النصاب المالى فإذا ملك النصاب فقط لم يستقر عليه حكمه إلا بالتمكن من الانتفاع به فى وجوه المصالح ، فجعل الشارع الحول مناطا لهذا التمكن الذى ظهر به وجه الغنى .

وأيضا الحنث فى اليمين مكمل لمقتضاها ، فإنها لم يجعل لها كفارة إلا وفى الإقدام عليها جناية ما على اسم الله تعالى ، ولا يتحقق مقتضى الجناية إلا عند الحنث فإذا حنث الحالف فى اليمين كمل مقتضى اليمين .

والإحصان شرط مكمل لمقتضى جناية الزنى الموجبة للرجم. وهكذا سائر الشروط الشرعية مع مشروطاتها

ولا يقال إن هـذا القول قد يتنافى مع بعض الشروط فهى ليست مكملة للمشروط بل هى العمدة والأصل . فمثلا العقل شرط فى التكليف ، والإيمان شرط فى صحة العبادات ، والتقربات فان العقل إن لم يكن فالتكليف محال عقلا أو سمعا ، كتكليف العجماوات ، والجمادات ، ولا يصح أن يقال إن الإيمان مكمل للعبادات ، فان عبادة الكافر لا حقيقة لها يصح أن يكملها الإيمان .

قال الشاطبى : إن هذا القول يمكن الرد عليه بأمرين :

أحدهما : أن هذا من الشروط العقلية لا الشرعية وكلا منا فى الشروط الشرعية .

الثانى : أن العقل فى الحقيقة شرط مكمل لمحل التكليف وهو الإنسان ،

لا فى نفس التكليف (فيكون التعبير بشرط التكليف فيه تساهل) ومعلوم أنه بالنسبة إلى الإنسان مكمل .

وأما الإيمان فلا نسلم أنه شرط فى صحة العبادات ، والتقربات ، لأن العبادات مبنية عليه[1] ألا ترى أن معنى العبادات التوجه إلى المعبود بالخضوع والتعظيم بالقلب والجوارح وهذا فرع الإيمان ، فكيف يكون أصل الشيء وقاعدته التى يبنى عليها شرطاً فيه ؟ ؟ هذا غير معقول ؟ ؟ ومن أطلق على الإيمان أنه شرط فى صحة العبادة فبناه على التوسع فى العبارة فقط . ..

ولو سلمنا أن الإيمان شرط لصحة العبادة فهو شرط فى المكلف لا فى التكليف ويكون شرطا عند البعض ، وشرط وجوب عند بعض آخر فيما عدا التكليف بالإيمان حسبما ذكره الأصوليون فى مسألة خطاب الكفار .

الأسباب المتوقفة التأثير على الشروط لا تعتبر أسباباً قبل حصول شرطها ؟

قال الشاطبي : الأصل المعلوم فى الأصول : أن السبب إذا كان متوقف التأثير على شرط فلا يصح أن يقع المسبب دونه ، ويستوى فى ذلك شرط الكمال وشرط الإجزاء . فلا يمكن الحكم بالكمال مع فرض توقفه على شرط ، كما لا يصح الحكم بالإجزاء مع فرض توقفه على شرط ، فإنه لو صح وقوع المشروط بدون شرطه لم يكن شرطا فيه ، والفرض أنه شرط . وكذلك لو صح وقوع المشروط بدون شرطه لكان ذلك مؤديا إلى المحال إذ معنى ذلك أن المشروط متوقف على الشرط وفى نفس الوقت غير متوقف عليه وذلك محال .

وأيضا فإن الشرط من حيث هو يقتضى أن لا يقع المشروط عند حضوره ، فلو جاز وقوعه دونه لكان المشروط واقعا غير واقع فى آن واحد ، وذلك محال

---

(١) الموافقات الشاطبي جـ ١ ص ٢٦٧ - ٢٦٨

ما ينسب إلى المالكية : نسب الى المالكية ان لهم رأيين فى حصول المسبب المتوقف على حصول شرط إذا لم يوجد هذا الشرط ووجود السبب فبعضهم يرى وقوع المسبب بدون شرطه اعتباراً باقتضاء السبب ، ولم يراع توقف المسبب على الشرط .

والبعض الآخر يرى أن تخلف الشرط يتبعه تخلف المشروط مع وجود سببه وذلك مراعاة للشرط ، دون السبب بمفرده فالسبب لا يعتبر موجودا مع تخلف الشرط فاذا حضر الشرط انهض السبب عند ذلك فى اقتضائه وجود المسبب فمثلا : حصول النصاب سبب وجوب الزكاة ودوران الحول شرط ومع هذا يجوز تقديم الزكاة قبل حولان الحول على الخلاف فى ذلك .

واليمين سبب فى الكفارة والحنث شرطها ، ويجوز تقديم الكفارة قبل الحنث على أحد القولين(١) .

وفى المذهب : إذا جعل الرجل أمر امرأة يتزوجها بيد زوجة أخرى هى فى ملكه إن شاءت طلقت أو أبقت ، فاستأذنها فى التزويج فأذنت له ، فلما تزوجها أرادت أن تطلق عليه .

قال مالك : ليس لها ذلك بناء على أنها قد أسقطت حقها بعد جريان السبب وهو التمليك وإن كان حصول الشرط وهو التزوج .

وإذا أذن الورثة — عند المرض المخوف (مرض الموت) — فى التصرف فى أكثر من الثلث جاز ، مع أنه لا يتقرر ملكهم فى التركة إلا بعد موت المورث فالمرض هو السبب لتملكهم ، والموت شرط ، فينفذ إذنهم عند مالك — خلافاً لأبى حنيفة والشافعى . وإن لم يقع الشرط .

---

(١) المرجع السابق .

وهناك رأى بأن أفتهم للمورث بالتصرف فى مرض موته أو فى صحته اذن نافذ لأن السبب عندهم هو القرابة لا المرض .

وفى المذهب المالكى أيضا أن من جامع فالتذ ولم ينزل فاغتسل ثم أنزل ففى وجوب الغسل عليه ثانيا قولان :

أحدهما : الوجوب .

الثانى : عدم الوجوب بناء على أن سبب الغسل هو انفصال الماء عن مقره وقد اغتسل فلا يغتسل له مرة أخرى .

وهذا هو رأى سحنون وابن المواز . فالسبب هو انفصال المنى عن مقره ، والخروج شرط ولم يعتبر .

الخلاصة : والخلاصة أن هناك رأيين :

أحدهما : أنه لايصح وقوع المشروط بدون شرطه مطلقا .

الثانى . أما الرأى الثانى فإنه يقول بصحة وقوع المشروط متى وجد سببه سواء وجد الشرط أم لم يوجد(١) .

---

(١) المصدر السابق .

أنواع الشروط

قال الشاطبي : الشروط المعتبرة فى المشروطات شرعا على ضربين :

أحدهما : ماكان راجعا إلى خطاب التكليف — إما مأمورا بتحصيلها ، وإما منهيا عن تحصيلها ، فالطهارة للصلاة ، وأخذ الزينة لها وطهارة الثوب ، وماأشبه ذلك شروط المكلف مأمور بتحصيلها . وقصد الشارع ذلك .

و نكاح التحليل الذى هو شرط لمراجعة الزوج الأول ، قد قصد الشارع عدم تحصيل ذلك .

والشرط الثالث فيه كالنكاح الذى به يكون محصنا وشرط فى ترتب حكم الرجم على الزنا ، هذا النكاح قصد الشارع فيه جعل الخيار فى تحصيله وعدم تحصيله للمكلف إن شاء فعل فيحصل المشروط ، وإن شاء تركه فلا يحصل المقصود .

الثانى : الضرب الثانى مايرجع الخطاب فيه إلى خطاب الوضع ، كالحول فى الزكاة ، والإحصان فى الزانى والحرز فى قطع يد السارق وماأشبه ذلك .

فهذا الضرب ليس للشارع قصد فى تحصيله من حيث هو مشروط . ولا فى عدم تحصيله ، وإبقاء النصاب حولا حتى تجب فيه الزكاة ، ليس بمطلوب الفعل أى ليس بواجب على المكلف إمساك النصاب حتى يحول عليه الحول لتجب فيه الزكاة ، ولا مطلوب الترك ، بمعنى أنه يجب عليه انفاقه خوفا أن تجب فيه الزكاة .

والإحصان : لايقال إنه مطلوب الفعل ليجب على الزانى الرجم إذا زنى ، ولا مطلوب الترك لئلا يجب على المكلف الرجم إذا زنى . وأيضا فلو كان الشرط مطلوبا لم يكن من خطاب الوضع ، وقد فرضناه كذلك .

قصد المكلف إلى فعل الشرط أو تركه : إذا قصد المكلف إتيان الشرط أو تركه باعتبار أن الشرط مأمور به أو منهى عنه أو مخير فيه فهذا لا إشكال فيه وتبنى عليه الأحكام التى تقتضيها الأسباب عند الفعل أو عند الترك . كالنصاب مثلا إذا أنفق قبل الحول للحاجة إلى الانفاق أو الإبقاء الحاجة إلى إبقائه

أما إن كان المكلف قد أتى بالشرط أو ترك الإتيان به بوصفه شرطا ، قصد من ذلك إسقاط حكم الاقتضاء فى السبب بأن قصد أن لا يترتب على السبب أثره . فهذا من المكلف عمل غير صحيح، وهو سعى باطل . ويدل على ذلك القرآن والسنة .

فمن الأحاديث فى هذا الباب قوله ﷺ « لا يجمع بين متفرق ولا يفرق بين مجتمع خشية الصدقة »[1] .

وقال صلى الله عليه وسلم « البيع ، والمبتاع بالخيار حتى يتفرقا إلا أن تكون صفقة خيار ، ولا يحل له أن يفارقه خشية أن يستقيله »[2] .

وقال صلى الله عليه وسلم « من أدخل فرسا بين فرسين وهو لا يأمن أن يُسبق فليس بقمار ، ومن أدخل فرسا بين فرسين وقد أمن أن تسبق فهو قمار »[3].

وقال ﷺ فى حديث بريرة حين اشترط أهلها أن يكون الولاء لهم « من اشترط شرطا ليس فى كتاب الله فهو باطل . وإن كان مائة شرط » الحديث .

---

(١) جزء من حديث طويل أخرجه البخارى وأبو داود والنسائى .

(٢) هذه الرواية فى منتقى الأخبار عن أحمد والدارقطنى وأخرجه أيضا البيهقى وحسنه الترمذى .

(٣) رواه فى التيسير عن أبى داود بالياء من يسبق فى الموضعين .

ونهى ﷺ عن بيع وشرط، وعن بيع وسلف، وعن شرط في شرط، [١] وحديث « إن اليمين على نية المستحلف »[٢]

وما جاء من أحاديث « لعن الله المحلل والمحلل له » والتيس المستعار، وحديث التصرية في شراء الشاة على أنها غزيرة الدر، وحديث (نهى رسول الله ﷺ عن النجش) وزاد مالك فقال : والنجش أن تعطيه بسلعة أكثر منها وليس في نفسك اشتراؤها فيقتدى بك غيرك ، وكل الأحاديث التي تنهى عن الغش والخديعة .

والآيات القرآنية كثيرة دالة على ما تقدم قال تعالى : « إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلا » وقوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » .

الدليل العقلي : قال الشاطبي : إن مقاصد الشريعة في شرع الأحكام هي لجلب المصالح ودرء المفاسد فلو جرى العمل باعتبار هذا الشرط الذي قصد به هذا القصد لبطلت تلك المصالح التي يبنيها الشارع على تلك الأسباب . من قصد بالفعل أو ترك الفعل عدم تحقق المشروط على شرطه والمسبب على سببه يصبح ما جعله الشارع سبباً لحكم شرعي عبثاً لا حكمة له ولا منفعة به . وانسدت المصالح التي قصد الشارع تحقيقها على ما جعلها أسباباً أو شروطاً[٣] .

---

(١) ورد في التيسير عن أصحاب السنن الثلاثة (لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في البيع ، وعن مالك (نهى رسول الله ﷺ عن بيع وسلف).

(٢) رواه مسلم وأبو داود والترمذي .

(٣) راجع الموافقات للشاطبي جـ ١ ص ٢٧٥ .

الشروط المنافية لمقاصد الشارع : قال الشاطبي :

والشروط مع مشروطاتها على ثلاثة أقسام :

أحدها : أن يكون الشرط مكملا لحكمة المشروط وعاضدا لها بحيث لا يكون فيه منافاة لها على حال ، كاشتراط الصيام في الاعتكاف عند من يشترطه ، واشتراط الكفء ، والإمساك بالمعروف والتسريح بإحسان – في النكاح – وما أشبه ذلك ،وكذا اشتراط الحول في الزكاة ، والإحصان في الزنى ، وعدم الطول في نكاح الإماء والحرز في القطع – فهذا النوع من الشروط لا إشكال في صحته شرعا لأنه مكمل لحكمة كل سبب يقتضي حكما .

فإن الإعتكاف لما كان انقطاعا إلى العبادة على وجه لائق بلزوم المسجد ، كان الصيام فيه أثر ظاهر ، ولما كان غير الكفء مظنة للنزاع وأنفة أحد الزوجين أو عصبتهما ، وكانت الكفاءة أقرب إلى التحام الزوجين والعصبة ، وأولى بمحاسن العادات ، كان اشتراطها ملائماً لمقصود النكاح ، وكذلك الإمساك بمعروف .

الثاني : أن يكون الشرط غير ملائم لمقصود الشارع ، ولا مكمل لحكمته بل هو على الضد من الأول ، كما إذا اشترط في الصلاة أن يتكلم فيها إذا أحب ، أو اشترط في الاعتكاف أن يخرج عن المسجد إذا أراد – بناء على رأى مالك من لزوم المسجد – أو كما إذا اشترط في النكاح أن لا ينفق عليها أو أن لا يطأها وهو ليس بمجبوب ولا عنين ، أو كما إذا اشرط في البيع أن لا ينتفع المشترى بالمبيع أو إن انتفع فعلى بعض الوجوه دون بعض ، أو شرط الصانع على المستصنع أن لا يضمن المستأجر عليه إن تلف ، وأن يصدقه في دعوى التلف ، وما أشبه ذلك .

فهذا النوع من الشروط لا إشكال في إبطاله ، لأنه مناف لحكمة السبب

فلا يصح أن يجتمع معه . فإن الكلام فى الصلاة مناف لما شرعت له من الإقبال على الله والتوجه إليه والمناجاة مع الحضرة العلية .

وكذلك اشتراط الخروج من المسجد فى الاعتكاف هو اشتراط ما ينافى حقيقة الاعتكاف من لزوم المسجد ، واشتراط الناكح أن لا ينفق على زوجته ينافى مقصود الشارع من أن يكون الزواج جالبا للمودة ، وكذلك اشتراط أن لا يطأ الزوج زوجته هو شرط فيه ابطال للمقصود من الزواج فهو مناف لحكمة النكاح وهى التناسل وكذا الإضرار بالزوجة ، وهكذا سائر الشروط المذكورة ، فهى شروط باطلة تقضى برفع حكمة السبب ويقصد بها رفع السبب الواقع .

وحكم هذ النوع من الشروط هل يقتضى البطلان مطلقا أم لا ؟

والجواب أن فى ذلك تفصيل ذكره الشاطبى تحت عنوان المسألة السابعة فى قصد المكلف من فعل الشرط أو تركه[١] .

النوع الثالث من الشروط : وهى الشروط التى لم يظهر منها منافاتها لمشروطها ولا ملاءمتها له . وهـــذا النوع من الشروط محل نظر . هل تلحق بالشروط الملائمة للمشروط فلا تؤثر فى صحة العقد أو فساده ؟ أو تلحق بالنوع الثانى من جهة عدم الملائمة ظاهراً .

والقاعدة المستمدة من أمثال هذا هو التفرقة بين العبادات والمعاملات فما كان من العبادات لا يكتفى فيـه بعدم المنافاة دون أن تظهر الملاءمة لأن الأصل فيها التعبد دون الالتفات إلى المعانى ، والأصل فيها أن لا يقدم عليها إلا بإذن، إذ لا مجال للعقول فى اختراع التعبدات ، فـكذلك ما يتعلق بها من الشروط .

وما كان من العاديات يكتفى فيه بعدم المنافاة ، لأن الأصل فيها الالتفات إلى المعانى دون التعبد ، والأصل فيها الإذن حتى يدل الدليل على خلافه[٢] .

---

(١) الموافقات جـ ١ ص ٢٧٤ - ٢٧٦

(٢) المصدر السابق ص ٢٨٤ - ٢٨٥

المـــانع

المانع هو الأمر الشرعى الذى ينافى وجوده الغرض المقصود من السبب أو الحكم وهو وصف ظاهر منضبط يلزم من وجوده عدم السبب أو الحكم (للسبب) ولذلك يعتبره الشاطبى سببا معارضاً للسبب الذى اعتبر أمارة الظهور، أو سبباً معارضاً لذات الحكم - ولنضرب لذلك مثلا فنقول :

الدين بالنسبة للملك هو مانع معارض لملك النصاب الذى تجب فيه الزكاة - فملك النصاب سبب لوجوب الزكاة - ودين مالك النصاب دينا يعادل النصاب أو بعضه قد أضعف هذه الملكية ، وجعلها ملكية صورية إذ المال مع الدين مشغول بحقوق الدائنين فكان وجود السبب وهو ملك النصاب غير موجود شرعا ، فلا يترتب على وجوده وجوب الزكاة ، وإن وجد حقيقة ، لأن الدين رفع تأثير السبب الشرعى وهو النصاب لأنه إذا كان النصاب يترتب عليه الغنى الذى هو الحكمة فى فرضية الزكاة فإن ركوب الدين يهدم معنى الغنى الذى هو الحكمة من وجود النصاب .

ومثله أيضا - قتل الوارث مورثه ، فإن النسب أو الزواج سبب للإرث ، ولكن قتل الوارث مورثه منع تأثير السبب (النسب أو الزواج) شرعا لأن كلا منهما كان يقتضى المناصرة والمعاونة بينهما لا القتل فكان القتل مانعا من الميراث ولهذا قال الرسول ﷺ (لا يرث القاتل) .

أقسام المانع : ينقسم المانع إلى قسمين هما :

الأول : مانع مؤثر فى السبب .

الثانى : مانع يؤثر فى الحكم نفسه فيسلبه .

المانع المؤثر فى السبب : مانع السبب مثاله الدين بالنسبة لملكية النصاب

فقد أثر الدين في السبب حيث أنه مانع من تحقيق الحكمة المفروضة في السبب وهي الغنى .

ومثاله أيضا : اختلاف الدين وقتل الوارث مورثه فهما مانعان من موانع الميراث فإن سبب الميراث هو القرابة أو الزوجية مع الموت ، تجعل هذه الأسباب الوارث امتدادا لحياة المورث وذلك يقتضي أن يكون في الوارث نصرة خاصة للمورث وولاية مستمرة بينهما ويعارض ذلك اختلاف الدين ، كما يهدم القتل العلاقة بينهما .

المانع المؤثر في الحكم نفسه : مثال المانع المؤثر في الحكم فيسلبه ويمنعه لمعارضته له لا لسببه أبوة القاتل للمقتول بالنسبة لترتب القصاص على القتل العدوان بشروطه كلها فإن هذا القتل سبب القصاص من الجاني - لكن لكون الجاني أبا للمقتول منع الحكم هنا وهو القصاص - فالحكم وهو القصاص قد تحقق سببه من غير معارض وهو القتل العدوان بشروطه كلها - وأبوة القاتل (مانع) من القصاص - إذ أن الحكمة من القصاص هو الردع والمصلحة يعارضها حال الأبوة التي يكون فيها من الحنان والعطف ما يمنع الأب من فعل هذه الجريمة إلا في الأحوال الشاذة النادرة . . فالسبب هنا قائم حقيقة وهو القتل - والمانع وهو الأبوة حال بين السبب والحكم المسبب عنه (القصاص) مع بقاء السبب قائما[1] .

---

(١) قال الآمدي والمانع ينقسم إلى مانع الحكم ، ومانع السبب ، أما مانع الحكم فهو كل وصف وجودي ظاهر منضبط مستلزم لحكمة مقتضاها بقاء نقيض حكم السبب مع بقاء حكمة السبب كالأبوة في باب القصاص مع القتل العمد العدوان . وأما مانع السبب فهو كل وصف يخل وجوده بحكمة السبب يقينا ، كالدين في باب الزكاة مع ملك النصاب (الإحكام في أصول الأحكام للآمدي ج ١ ص ١٢٠ - ١٢١) .

وقد تعرض الشاطبي لبيان الموانع التي تعارض الحكم التكليفي وقسمها إلى ثلاثة أقسام :

القسم الأول : موانع لا يمكن اجتماعها مع الحكم التكليفي وهي التي تجتمع في زوال العقل بجملة أسبابه من نوم أو جنون أو إغماء وهذه مانعة من أصل أهلية الخطاب التكليفي لأنها إلزام يقتضي التزاماً وفاقد العقل لا يتصور إلزامه كما لا يتصور التزامه .

القسم الثاني : موانع يتصور أن تجتمع مع أصل التكليف ولكنها ترفع التكليف جملة مع إمكان اجتماعه ومثل ذلك الحيض والنفاس بالنسبة للصلاة ودخول المسجد ومس المصحف وما أشبه ذلك .

القسم الثالث : من الموانع الذي لا يرفع أصل الطلب التكليفي بل يرفع اللزوم فيه ويحوله من طلب حتمي إلى طلب تخييري وذلك مثل المرض فإنه مانع من فرضية صلاة الجمعة ولكن إن صلى صحت صلاته — وكذلك الأنوثة بالنسبة لصلاة الجمعة فإن الأنثى إن صلت الجمعة صحت منها ، ومن ذلك النطق بكلمة الكفر عند الإكراه الملجيء إذا كان قلبه مطمئنا بالإيمان ،فإن الإكراه أسقط اللزوم ولم يزل الفضل في الصبر ، ولذلك لو صبر يكون ذلك خيراً له .

كما يرى الشاطبي أن الرخص قسم من أقسام الموانع وسماها الموانع التي ترفع الإثم كالترخيص للمضطر في شرب الخمر بالنسبة لمن سيموت من العطش ولا يجد ماء، والترخيص بالنسبة لأكل الميتة والخنزير للمضطر لمن سيموت جوعا ولا يجد

علماما سواهما فان الرخصة هنا مانع الاثم . أما الحنفية فيرون أن هــــذه رخصة إسقاط . . .

تقسيم الحنفية للمانع : قسم الحنفية المانع إلى خمسة أقسام هى :

١ — مانع يمنع انعقاد السبب كبيع الحر . والمانع هنا هو انتفاء المحلية إذ محل البيع هنا ليس مالا .

٢ — مانع يمنع تمام السبب فى حق غير العاقد كبيع الانسان ما يملكه غيره فالسبب لم يتم فى حق مالك المبيع لعدم ولاية العاقد عليه فيجوز العقد بإجازته، ويبطل بإبطاله والسبب قد تم فى حق العاقد حتى لم يكن له ولاية إبطاله .

٣ — مانع يمنع ابتداء الحكم ، كخيار الشرط للبائع فانه يمنع المشترى من تملك المبيع وان انعقد البيع فى حقه وحق البائع وخيار الشرط للمشترى يمنع البائع من تملك الثمن . .

٤ — مانع يمنع تمام الحكم كخيار الرؤية فإنه لا يمنع الملك لكن لا يتم بالقبض مع عدم الرؤية ويتمكن من له الخيار من فسخ العقد بلا قضاء ولا رضا .

٥ — مانع يمنع من لزوم الحكم كخيار العيب فانه يثبت الحكم معه تاماً حتى يكون له ولاية التصرف فى المبيع ، لكن لا يتمكن من الفسخ بعد القبض إلا بتراض أو قضاء .

رأى الشاطبى : قسم الشاطبى الموانع إلى قسمين :

النوع الأول : وهو مالا يتأتى فيه اجتماعه عقلا مع الطلب ، كالجنون والنوم فهما مانعان للطلب بالفعل أو بالترك لأن من شرط تعلق الخطاب إمكان فهمه

لأنه إلزام يقتضى التزاما وفاقد العقل لا يمكن إلزامه كما لا يمكن إلزام البهائم والجمادات بشيء لأن تعلق الطلب يقتضى استجلاب مصلحة أو درء مفسدة وهذا يقتضى أن يكون المخاطب بذلك عاقلا يفهم المصلحة من المفسدة .

النوع الثانى : أما النوع الثانى من الموانع وهو مالا يرتفع به التكليف وهذا النوع من الموانع قسمان :

أحدهما : أن يكون رفعه بمعنى أن لا يصير المطلوب واجبا معه وإن كان مطلوباً شرعا فهو رافع لأصل الطلب وإن أمكن حصوله معه ولكن إنما يرفع هذا الطلب بالنسبة لما لا يطلب به البتة وذلك مثل الحيض والنفاس فهما رافعان المطلوب حال وجودهما فقط كالصلاة ، ودخول المسجد ، ومس المصحف ، وما أشبه ذلك ، وإذا زال المانع وجب إتيان المطلوب . فالصلاة غير مطلوبة وقت وجود الحيض أو النفاس إذ لو كانت مطلوبة لكانت الحائض أو النفساء مأمورة بها أيضا فى وقت هى ممنوعة من إتيانها أى أنها مأمورة بالشيء ومنهية عنه فى آن واحد وهذا محال . فالمرأة إذا كانت مأمورة أن تفعل وقد نهيت أن تفعل للزمها شرعا أن تفعل وألا تفعل معا وهو محال . وأيضا فلا فائدة فى الأمر بشيء لا يصح لها فعله حالة وجود المانع ولا بعد ارتفاعه لأنها غير مأمورة بقضاء الصلاة .

الثانى : أما القسم الثانى من هذا المانع فهو ما يرفع أصل الطلب لأن الطلب بالنسبة لمن بهم هذا المانع جاء تبعا لا أصلا وذلك كالرق والأنوثة بالنسبة للتكليف بصلاة الجمعة والعيدين ، وبالجهاد فان الرقيق والنساء قد لحق بهم مانع من اغتنام هذه العبادات فهى ليست محتمة واجبة عليهم فهى عبادات جارية فى الدين مجرى التحسين والتزيين لأنهم من هذه الجهة غير مقصودين بالخطاب فيها إلا بحكم التبع ، فان تمكنوا منها جرت بالنسبة إليهم مجراها مع المقصودين

بها ، وهم الأحرار المذكور . . وهذا هو معنى التخيير بالنسبة إليهم مع القدرة عليها وأما مع عدم القدرة عليها فالحكم هو أن الطلب والتكليف بهذه الأمور مرفوع عنهم .

النوع الثالث : وهى أسباب الرخص وهى موانع من الوجوب لا من أصل التكليف بمعنى أنه لا حرج على من ترك العزيمة ميلا إلى جهة الرخصة ، كقصر المسافر الصلاة ، وتركه الجمعة وفطره فى رمضان وما أشبه ذلك[1] .

الموانع الداخلة ضمن خطاب التكليف مقصودة للشارع :

الموانع على ضربين :

أحدهما : داخل تحت خطاب التكليف أى ان المكلف قد يؤمر من الشارع بتحصيل هذا المانع وقد ينهى عن تحصيله والإتيان به ، أو يخير فى ذلك . وهذا النوع من الموانع لا إشكال فيه من هذه الجهة ، كالاستدانة المانعة من انتهاض سبب الوجوب بالتأثير لوجوب إخراج الزكاة حتى ولو كان النصاب تاما فهو متوقف على فقد المانع .

والكفر المانع من صحة أداء الصلاة والزكاة ، أو من وجوبهما (وذلك على الخلاف بين جمهور العلماء والحنفية فى تكليف الكفار بالفروع) إلى غير ذلك من الأمور الشرعية التى منع منها الكفر .

والإسلام مانع من انتهاك حرمة الدم والمال والعرض إلا بحقها فالنظر

---

(١) الموافقات للشاطبى جـ ١ ص ٢٨٥ — ٢٨٧

فى هذه الأشياء وأشباهها من جهة خطاب التكليف خارج عن المقصود فى هذا البحث ولذا لا كلام لنا فيه . . .

الموانع الداخلة ضمن خطاب الوضع :

الضرب الثانى من الموانع ما جعلها الشارع مانعاً من حصول المسبب مع وجود سببه وهذه الموانع ليس للشارع قصد فى تحصيلها من حيث هى موانع ، ولا فى عدم تحصيلها ، فإن الله سبحانه وتعالى جعلها موانع إذ وجدت ارتفع مقتضى السبب فقط .

فالمدين مثلا ليس مخاطباً برفع الدين إذا كان عنده نصاب تجب عليه الزكاة ، كما أن مالك النصاب غير مخاطب بتحصيل الاستدانة لتسقط عنه الزكاة . فالأمر والنهى والتخيير من أقسام خطاب التكليف . أما جعل الشيء مانعا فهو من خطاب الوضع ، والمقصود فيه انه إذا حصل هذا المانع ارتفع مقتضى السبب . .

قصد المكلف لتحصيل المانع والأثر المترتب على ذلك : إذا توجه قصد المكلف إلى إيقاع المانع أو إلى رفعه فى ذلك التفصيل التالى :

أولا : إذا فعل المكلف ما حصل به وجود المانع أو تركه وكان فعله ذلك من حيث إنه داخل تحت خطاب التكليف مأمورا به أو منهيا عنه أو مخيرا فيه فهذا الفعل لا إشكال فيه كالرجل يكون بيده نصاب لكنه يستدين لحاجته إلى ذلك ، فهذا الفعل وإن كان مانعا لوجوب الزكاة فى النصاب المالى لكنه فعل تترتب عليه آثاره الشرعية .

ثانيا : إذا أتى المكلف المانع بوصفه مانعا قاصد بفعله هذا إسقاط حكم السبب المقتضى أن لا يترتب عليه ما اقتضاه . فهذا الفعل منه عمل غير صحيح . . .

الدليل : والدليل على ذلك أمـــور من الكتاب والسنة والمعقول على التفصيل التالي :

الكتاب: من الكتاب قوله تعالى : « إنا بلوناهم كما بلونا أصحاب الجنة إذ أقسموا ليصرمنها مصبحين »(١) .

وجه الاستدلال : قال الشاطبي : إن الآية تضمنت الإخبار بعقابهم على قصد التحيل لإسقاط حق المساكين بتحريم المانع من إتيانهم ، وهو وقت الصبح الذي لا يبكر في مثله المساكين عادة وهذا مانع عادي لا شرعي وقد عاقبهم الله على إتيانهم فتحصيل المانع الشرعي بقصد إبطال ما يقتضيه السبب أمر محرم شرعا ومعاقب عليه ، فإن القصد في كل هو الوصول إلى موجب حرمان المساكين . والعقاب لا يكون إلا على فعل محرم(٢) .

٢ . وقوله تعالى : « ولا تتخذوا آيات الله هزوا » .

وجه الاستدلال : قال الشاطبي : نزلت هذه الآية بسبب مضارة الزوجات بالارتجاع حتى لا ترى زوجاً آخر بعده مطلقا ، وأن لا تنقضي عدتها إلا بعد أمد طويل ، فكان الارتجاع بذلك القصد ، إذ هو مانع من حلها للأزواج(٣) .

---

(١) الآية رقم ١٧ من سورة القلم .

(٢) الموافقات للشاطبي جـ ١ ص ٢٨٨ — ٢٨٩

(٣) هذا كان قبل نزول قوله تعالى « الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان » فقد كان الأمر قبل ذلك كما يرويه التاريخ أن الأزواج كانوا يطلقون زوجاتهم ثم يرجعونهن لا إلى حد ، يضارون الزوجات بذلك ، فلا يضمها الرجل إليه ، ولا يدعها تتزوج طول حياتها .

٣ — قال تعالى « من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار » فقد استثنى الإضرار ، فاذا أقر فى مرضه بدين لوارث أو أوصى بأكثر من الثلث قاصدا حرمان الوارث أو نقصه رد عليه قصده لأنه مضار والاضرار ممنوع باتفاق .

السنة : ومن السنة استدل لبطلان القصد إلى إتيان مايمنع حصول مقتضى السبب بقصد الاضرار بما يلى :

١ — قال صلى الله عليه وسلم : « قاتل الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوها فباعوها » وفى بعض الروايات « وأكلوا أثمانها » .

وروى فى الجامع الصغير بلفظ : « قاتل الله اليهود ، إن الله عز وجل لما حرم عليهم الشحوم جملوها ثم باعوها فأكلوا ثمنها » .

وجه الاستدلال : احتال اليهود على منع مقتضى السبب وهو عدم الانتفاع بالشحوم لقذارتها فجملوها وباعوها .

٢ — قال صلى الله عليه وسلم : « ليشربن ناس من أمتى الخمر ويسمونها بغير اسمها »(١) .

وفى رواية : « ليكونن من أمتى أقوام يستحلون الحر والحرير ، والخمر ، والمعازف » .

وفى بعض الحديث : « يأتى على الناس زمان يستحل فيه خمسة أشياء بخمسة

---

(١) رواية نيل الأوطار بذكر الواو فى (ويسمونها) لكن الحديث : وى فى المشكاة عن أبى داود وابن ماجه بغير واو (يسمونها) .

أشياء : يستحلون الخمر بأسماء يسمونها بها ، والسحت بالهدية ، والقتل بالرهبة ، والزنى بالنكاح ، والربا بالبيع » .

وجه الاستدلال : قال الشاطبي : المستحل هنا رأى أن المانع هو الاسم المنقل المحرم إلى اسم آخر حتى يرتفع ذلك المانع فيحل له .

قال تعالى : « ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها » .

وجه الاستدلال : قال أحمد بن حنبل عجبت ممن يقولون فى الحيل والأيمان يبطلون الأيمان بالحيل .

٣ — قال صلى الله عليه وسلم « لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلأ » . وفى الحديث أيضا « إذا سمعتم به « أى الوباء » بأرض فلا تقدموا عليه ، وإذا وقع بأرض وأنتم بها فلا تخرجوا فرارا منه » .

وجه الاستدلال : الحديث ظاهر منه منع اتخاذ الفعل ليكون سبباً فى منع شىء آخر يستفيد به المسلمون . فمن كان له بئر ماء فى أرض مباحة بها كلأ مباح لا يجوز لصاحب البئر منع الناس من السقى من فضل ماء بئره حتى يمنع الناس من رعى الكلأ المباح فى هذه الأرض(١) .

تنبيه : قال الشاطبي : ماتقدم من الأدلة والسؤال والجواب فى الشروط جار معناه فى الموانع .

---

(١) الموافقات للشاطبي جـ ١ ص ٢٩٠ - ٢٩١ .

الصحة والبطلان والفساد

معنى الصحة فى اللغة : الصحة فى اللغة مقابل السقم وهو المرض .

الصحة فى الاصطلاح : لفظ الصحة طلق على معنيين : الأول ترتب المقصود من الفعل عليه فى الدنيا. وهذا الاطلاق يشمل العبادات تارة وعقود المعاملات تارة أخرى أما فى العبادات فنقول إنها صحيحة بمعنى أنها مجزئة ومبرئة للذمة ومسقطة للقضاء فيما فيه القضاء ، وذلك يكون بموافقتها لأمر الشارع بأن تفعل مستجمعة لكل ماتتوقف عليه .

وأما فى عقود المعاملات فمعنى صحة العقد ترتب ثمرته المطلوبة منه عليه من تحصيل الملك أو الحل الخ[1]

الاطلاق الثانى : يطلق لفظ الصحة بمعنى ترتب آثار العمل عليه فى الآخرة كترتب الثواب فيقال هذا عمل صحيح بمعنى أنه يرجى به الثواب فى الآخرة سواء أكان عبادة ، أم عادة. وهذا الأمر ليس من شأن الأصولى البحث فيه.

البطلان : يطلق البطلان على معنيين أيضا هما :

الأول : عدم ترتب آثار العمل عليه فى الدنيا كما تقول فى العبادات إنها باطلة بمعنى أنها غير مجزئة ، ولا مبرئة للذمة ، ولا مسقطة للقضاء ، وذلك يكون بمخالفتها أمر الشارع بترك ماتتوقف عليه من شرط أو ركن، وهذا أمر يكون

---

(١) الآمدى ج ١ ص ١٣١ — ١٣٢

فى العبادات كما يكون فى المعاملات فتوصف المعاملات بالبطلان بمعنى عدم حصول فوائدها بها شرعا من الملك والحل.

الثانى : أما الإطلاق الثانى فهو أن يراد به عدم ترتب آثار العمل عليه فى الآخرة من ثواب وهذا الأمر ليس محل بحث الاصولى .

الفساد : كما نقول فى المعاملات إنها باطلة بمعنى عدم حصول فوائدها بها شرعا من الملك والحل ولما كانت هذه المعاملات فى الغالب راجعة إلى مصالح الدنيا كان النظر فيها راجعا إلى اعتبارين هما :

الاعتبار الأول : من حيث إن المعاملات أمور مأذون فيها شرعا أومأمور بها شرعـــا .

الاعتبار الثانى : من حيث إن المعاملات هى أسباب لمصالح بنيت عليها .

فقد راعى الحنفية الاعتبارين المذكورين إعمالا للمصلحة التى يتوخاها الشارع فى أوامره ونواهيه فقالوا إذا كان المعنى الذى لأجله كان العمل مخالفا لأمر الشارع مؤثراً فى أصل العقد كبيع المجنون وزواج المسلمة بالكافر حكم بالبطلان .

وإذا كان المعنى الذى من أجله كان العمل مخالفا لامر الشارع لايؤثر فى أصل العقد وإنما يؤثر فى صفة له يمكن تلافيها كالبيع لأجل مجهول أو بثمن مجهول لم يكن الفعل باطلا فيسمى هذا النوع من العقود بالفاسد والمعنى فيه هو الفساد وعلى العاقدين أن يتلافيا ذلك المعنى إما بإزالة الوصف المخالف فى الوقت الذى يحدده الشرع ، أو بفسخ العقد إن كان العقد يقبل الفسخ .

قال الآمدى : وأما الفاسد فرادف للباطل عندنا وهو عند أبى حنيفة قسم ثالث مغاير للصحيح والباطل وهو ما كان مشروعا بأصله ممنوعا بوصفه كبيع مال الربا بجنسه متفاضلا ونحوه[1]

---

(١) الآمدى جـ ١ ص ١٢٢ .

الصحة والفساد والبطلان من أحكام الوضع : يرى ابن الحاجب رحمه الله أن الصحة والبطلان ليسا من خطاب الوضع فكون ما فعل تمام الواجب حتى يكون مسقطا للقضاء وعدم ذلك أمر لا يحتاج إلى توقيف من الشارع ، بل هو يعرف بمجرد العقل فهو ككونه مؤديا للصلاة وتاركا لها ، سواء بسواء ، فلا يكون حصوله فى نفسه ، ولا حكمنا به بالشرع فلا يكون من حكم الشرع فى شىء بل هو عقلى مجرد أى يستقل العقل بدركه بعد معرفة ما تتوقف عليه العبارة[١] .

رأى الكمال ابن الهمام : يرى الكمال بن الهمام أن الصحة والفساد والبطلان هى من خطاب الوضع فقد قال : ولا يخفى أن ترتب الأثر على الفعل وضعى يعنى معرفة كون العبارة مسقطة للقضاء لأن ورود أمر الشارع بالصلاة بالتيمم يحتاج فى معرفة كونها تسقط القضاء أو لا تسقطه إلى توقيف الشارع لأن بعضها لا يسقط القضاء عند بعض الأئمة .

أما الصحة والبطلان فى المعاملات فأمر شرعى إنما يعرف بتوقيف من الشارع فهما إذاً من أحكام الوضع .

---

(١) يريد بذلك أن الصحة والبطلان ليسا من الأحكام الوضعية ، بل من الأمور العقلية لأنه بعد ورود أمر الشارع بالفعل ومعرفة شرائطه وموانعه لا يحتاج إلى توقيف من الشارع ، بل يعرف بمجرد العقل صحته ، أو بطلانه .

(٢) الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى جـ ١ ص ١٢١ وانظر مختصر المنتهى جـ ٢ ص ٨

والخلاصة : وخلاصة ما تقدم من قول هو أن الصحة والفساد والبطلان أوصاف شرعية ترد على الأحكام الشرعية سواء كانت أحكاما تكليفية أم كانت وضعية فتوصف الصلاة بأنها صحيحة فيؤدى بها الواجب عند تحقق سببه ، واستيفاء شروطه وانتفاء موانعه ، وتكون غير صحيحة أو باطلة إن لم تستوف الشروط والأركان فلا يسقط بها الواجب ويأثم إن لم يعدها فى وقتها .

والأحكام الوضعية توصف بالصحة فيترتب عليها مسبباتها ـ كما توصف الشروط بالصحة فتكمل الأسباب أو الأحكام بها .

فعقد البيع يوصف بالصحة إذا ترتب عليه أثره من ملك وحل ، والشروط الجعلية فى العقود توصف بالصحة فيترتب عليها صحة العقد ولزوم موجب الشرط ، وتوصف بالفساد فيفسد بسببها العقد فى بعض الأحوال كالعقود المالية فإنها تفسد بفساد الشرط فى حال المبادلات وفيما يلى تفصيل ذلك :

الفساد والبطلان فى العبادات : العبادات تنقسم إلى قسمين صحيحة وغير صحيحة ولا فرق فى غير الصحيح منها بين الباطل والفاسد باتفاق الفقهاء . فالباطل يرادف الفاسد عند جمهور الفقهاء بدون تفرقة بينهما فى العبادات والمعاملات ، والحنفية مع الجمهور فيما يتعلق بالعبادات فالباطل والفاسد بمعنى واحد عندهم .

فالعبادات إذا أديت مستوفية الأركان وشروط الصحة اجزأت وبرأت الذمة بأدائها ، وأن اديت ناقصة بعض الأركان أو الشروط لم تجزىء ولم تبرأ الذمة بأدائها ناقصة بدون تفرقة بين أن يكون الخلل فى الركن أو الشرط .

الفساد والبطلان فى العقود والمعاملات : فرق الحنفية بين الباطل والفاسد فى العقود والمعاملات فيما يرى جمهور الفقهاء ، أن الباطل والفاسد بمعنى واحد .

وتوضيح ذلك ما يلى :

العقود : اتفق الفقهاء على أن العقود الصحيحة هى ما كانت مستوفية الاركان والشروط وانتفت موانعها . بمعنى أن الشارع قد أقرها ورتب آثارها عليها بأن كانت أركانها سليمة وأوصاف أركانها سليمة أى مستوفية الشروط والاركان ولم توجد الموانع التى تمنع من جعل العقد سببا مرتبا لآثاره .

العقد غير الصحيح : اتفق الفقهاء على حقيقة العقد الصحيح وعلى حقيقة العقد غير الصحيح بأنه هو العقد الذى لم يستوف شرائطه ولا أركانه لكنهم اختلفوا فى أقسام مقابلة لهذا العقد على النحو التالى :

رأى جمهور الفقهاء : يرى جمهور الفقهاء أن العقد غير الصحيح قسم واحد ولا فرق فيه بين الباطل والفاسد ، ولا فرق بين أن يكون الخلل فيه موجوداً فى ركن السبب أو فى شروطه أو أوصافه فالباطل يرادف الفاسد فى المعاملات كما يرادفه فى العبادات فالباطل هو الذى لا يثمر لان السبب مطلوب لثمرته والصحيح هو الذى أثمر والفاسد مرادف للباطل.(١)

رأى الحنفية : قال الحنفية إن هناك فرقا بين الباطل والفاسد فالباطل فى العقود ذات الالتزامات المالية غير الفاسد منها لان الخلل فى العقد إن كان موجود فى ركنه فهو عقد باطل لا يترتب عليه أى أثر لعدم وجود السبب فالباطل غير مشروع لا بأصله ولا بوصفه مطلقا .

أما إذا كان الخلل فى شرط من شروط العقد المتعلقة بالحكم أى فى وصف

---

(١) المستصفى للغزالى حـ ١ ص ٦١

من الاوصاف فقد العقد العقد سببا لحكمه وتترتب عليه بعض الآثار لأن الاساس فى الآثار هو السبب أولا والشروط مكملة ـ فالعقد الفاسد عند الحنفية هو ما شرع بأصله لا بوصفه . فركن عقد البيع مثلا العاقد والمبيع ، وإذا تكامل الركن انعقد السبب ، ومن شروط العقد المكملة لحكمه الا يكون فى الثمن جهالة ، وأن يكون معلوم الاجل إن كان مؤجلا فإذا حصل خلل فى ذلك كان العقد فاسداً ولا يكون باطلا .

أساس الخلاف : وأساس الخلاف بين الجمهور وفقهاء الحنفية أمران

أحدهما : أن النهى عند الجمهور يمنع ترتب كل أثر من آثار العقد المنهى عنه سواء كان النهى لخلل فى ركنه أم فى وصفه .

الثانى : أن فقد الشروط التى أمر بها الشارع لترتيب الاحكام يمنع ذلك الترتيب وحجتهم فى ذلك أن العقد مع وجود النهى عنه عصيان لأمر الشارع فلا يرتب عليه الشارع أى أثر من الآثار إذ أن النهى لا يرد من الشارع على تصرف إلا لبيان أن ذلك التصرف قد خرج عن شرعيته ، ولا ينظر إليه إلا لفرض عقوبة عليه إن أدى السكوت عنه إلى فساد ولذلك قال النبى ﷺ « كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد ومن أدخل فى ديننا ما ليس منه فهو رد » وترتيب آثار على سبب نهى عنه الشارع أخذ بعمل ليس فيه أمر النبى صلى الله عليه وسلم وأمر الشارع ، بل فيه نهى منه عنه . وسلف الأمة قد أجمعوا على الاستدلال بالنهى على بطلان العقود فحكموا ببطلان عقود الربا للنهى عنها ، وببطلان زواج المشركات بالنهى عنه فى قوله تعالى « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ولأمة مؤمنة خير من مشركة ولو أعجبتكم » .

وجهة نظر الحنفية : قال الحنفية ان الإيجاب والقبول ومحل العقد أركان العقد والسبب المنشىء للعقد هما هذان الركنان فكل خلل يحدث فى هذه الاركان سواء كان الخلل فى ذات الأركان أم كان الخلل فى شرط مكمل لهذه الأركان فان العقد يكون باطلا لأن السببية لم تتحقق إذ ركن العقد هو السبب الذى جعله الشارع أمارة على وجود الأحكام ، وإذا لم ينعقد السبب فان العقد لا يكون له وجود فيبطل فالعقد الباطل هو ما لم يستوف أركانه أو الشروط المكملة لهذه الأركان كأن يكون محل العقد غير مباح أو يكون معدوماً أو غير مقدور التسليم فالخلل هنا فى الأصل لا فى الوصف.

وإذا كان الخلل حدث فى شرط من الشروط المكملة للحكم وهو الأثر المترتب على العقد فان العقد لا يكون باطلا لا وجود له بل يكون العقد موجوداً ، ولكنه فاسد ، فالعقد الفاسد هو ما اعترى الخلل وصفه بنقص بعض الشروط المكملة لحكمه والمرتبة لآثاره أى ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه كبيع ما هو مجهول الثمن ، أو غير معلوم الأجل إذا كان البيع مؤجلا ـ وكالزواج بغير شهود فمحل العقد سليم من الخلل فالصيغة صدرت عن هو أهل لها ، ولكن لحق العقد الفساد من جهة الوصف بكونه منهى عنه فالعقد فاسد للجهالة المفضية إلى المنازعة، أو التغرير .

والبيع الفاسد لا يرتب الشارع على ذات العقد شيئا بل يوجب فسخه لأن العقد وقع غير لازم ، ولكن إذا قبض المشترى المبيع فانه يملكه بهذا القبض ، ويجب عليه قيمة المبيع لا ثمنه ، ويأثم كل من العاقدين بهذا العقد .

عقد الزواج الفاسد : يطالب كل من الزوجين بالغاء العقد وإذ وقع بعده دخول وجب التفريق بينهما ، وكان للزوجة المهر ، وعليها العدة ويثبت نسب ولدها من الزوج ـ ولا يجب بالعقد الفاسد نفقة بخلاف الدخول المترتب على

العقد الباطل فانه لا يرتب عليه أى أثر وفقهاء الحنفية لم يفرقوا فى عقد الزواج بين باطله وفاسده لما فيه من شبهة العبادة وما ذكرناه من آثار الدخول بالزوجة من مهر أو ثبوت نسب الولد فهو مرتب عندهم على الدخول .

لماذا فرق الحنفية بين البطلان والفساد فى المعاملات : لم يفرق الحنفية بين الباطل والفاسد فى العبادات لأن المقصود منها التعبد والتعبد لا يكون إلا بالطاعة والامتثال لامر الشارع فاذا وقعت المخالفة فات الامتثال . ولهذا فليس عندهم فرق بين صلاة باطلة وصلاة فاسدة فى أن كلا منهما لا تبرأ الذمة بفعلهما .

أما المعاملات فالمقصود منها مصالح العبد ولهذا يتوسعون فيها ولا يحكمون ببطلانها إلا إذا وقع الخلل فى أركانها ومقوماتها لانها حينئذ تنتفى حقيقة .

تنبيـــه : المقصود بالمعـاملات هنا التى قسم الحنفية العقد فيها إلى صحيح وباطل وفاسد هى عقودها المالية التى فيها التزامات متقابلة من المتعاقدين كالبيع ونحوه ومثلها العقود الناقلة للملكية : أما معقود المالية التى ليس فيها التزامات متقابلة كالإعادة ، والإيداع ومثلها العبادات ، والتصرفات المنفردة كالطلاق وغيره من عقود الاسقاطات أو التحمل كالكفالة والإقرار فلافرق فيها بين الفاسد والباطل عند الحنفية(١)

تعليـق : علق الغزالى عـلى تقسيم الحنفية العقود المالية ذات الالتزامات المتقابلة إلى عقود صحيحة وباطلة وفاسدة فقال : وأبو حنيفة أثبت قسماً آخر فى العقود بين البطلان والصحة ، وجعل الفاسد عبارة عنه ، وزعم أن الفاسد

---

(١) انظر أصول الفقه للاستاذ / عباس متولى حمادة ص ٣٣٣ وكذا المدخل الاستاذ / محمد مصطفى شلبى ص ٥٣٦ .

منعقد لإفادة الحكم ، لكن المعنى بفساده أنه غير مشروع بوصفه ، والمعنى بانعقاده أنه مشروع بأصله ، كعقد الربا فإنه مشروع من حيث إنه بيع ، وممنوع من حيث إنه يشتمل على زيادة فى العوض ، فاقتضى هذا درجة بين الممنوع بأصله ووصفه جميعا ، وبين المشروع بأصله ووصفه جميعا ، فلو صح له هذا القسم لم يناقش فى التعبير عنه بالفاسد ، ولكنه ينازع فيه ، إذ كل ممنوع بوصفه فهو ممنوع بأصله كما سبق ذكره (١)

---

(١) المستصفى للغزالى جـ ١ ص ٦١ .

تلخيص الشاطبي لمعيار البطلان والصحة : يرى الشاطبي أن البطلان يطلق على معنيين

أحدهما : عدم ترتب أثر العمل عليه فى الدنيا سواء كان العمل عبادة محضة أو عادة .

فيقال فى العبادات مثلا إنها غير مجزئة ، ولا مبرئة للذمة ، ولا مسقطة للقضاء . فكذلك تقول : إنها باطلة بهذا المعنى سواء كان البطلان فى العبادة لمخالفتها لما قصد الشارع بها ، أو لخلل فى نفس شروط العبادة أو أركانها ، كالصلاة من غير نية ، أو ناقصة ركعة أو سجدة ، أو نحو ذلك : (إن الله يحب أن يعبد كما أمر) .

وقد يكون البطلان فى العبادة لوصف خارجى منفك عن حقيقتها ، كالصلاة فى الأرض المغصوبة (على خلاف فى ذلك) .

والعادات يقال فيها إنها عادات باطلة ، بمعنى عدم حصول فوائدها بها شرعاً ، وعدم ترتب آثارها عليها فى الدنيا ، من حصول أملاك بها أو استباحة فروج بها ، أو انتفاع بالمطلوب ونحو ذلك من الأمور .

المعيار الذى يحكم به ببطلان العادات : وقال الشاطبي : ولأن العادات ترجع فى الغالب إلى مصالح الدنيا ، كان النظر فيها راجعاً إلى اعتبارين :

أحدهما : من حيث هى أمور مأذون فيها ، أو مأمور بها شرعا .

الثانى : من حيث إنها راجعة إلى مصالح العباد .

والعادات باعتبار أنها مأذون فيها ، أو مأمور بها شرعاً ، اختلف العلماء فى المعيار فى بطلانها وصحتها بهذا الاعتبار إلى ما يلى :

الرأى الأول ، قال قوم : إن العادة مهما كانت جالبة لمصلحة ، أو دافعة

لمفسدة ، فإنه لا يترتب أثرها عليها إذا كانت مخالفة للشرع ، أو غير مأذون بها شرعا ، وهم بهذا القول يميلون إلى جهة التعبد في المعاملات والعبادات ، ويغضون النظر عن المصالح المترتبة على هذه العادات .

فالمعيار الشرعي عندهم في صحة المعاملات وبطلانها هو موافقتها للشرع أو إذنه بها أم لا .

وهم في هذا الصدد يسوون بين المعاملات والعبادات في ضرورة أن تكون العادة مأذون بها أو مأمور بها شرعا حتى تكون معاملة صحيحة . ويقولون : إن مواجهة أمر الشارع بالمخالفة ، يقضي بالخروج في ذلك الفعل عن مقتضى خطابه ، والخروج عن مقتضى خطاب الشارع يقضي بأنها غير مشروعة ، وغير المشروع باطل ، فهذا كذلك باطل ، كما لو تسمح العبادات الخارجة عن مصالح العباد(1) .

العادات باعتباراتها محققة لمصالح العباد : العادات باعتبار أنها راجعة إلى مصالح العباد يرى بعض الفقهاء أن الشرط في صحتها هو أن لا يرد نهي من الشارع عنها لذاتها فإن نهي(2) الشارع عن عادة من العادات لذاتها يفيد أن لا مصلحة للمكلف في إتيانها وإيجادها وأن هذه العادة المنهي عنها وإن ظهرت مصلحة له بادىء ذي بدء ، فقد علم الله أن لا مصلحة في الإقدام وإن ظنها العامل مثلا بيع الملاقيح للمعنى الذي لأجله بطل البيع حاصل ومستديم لأن بيع ما في بطون الأمهات منعدم فيه ركن البيع ، ولا يتأتى تلافي تصحيحه .

لكن إن كان المعنى الذي من أجله ورد نهي الشارع عن العادة يمكن إزالته وتلافيه فلا يحكم بالبطلان كما يقول مالك في بيع المدبر إنه يرد إلا أن يعتقه المشتري فلا يرد فإن البيع إنما منع لحق العبد في العتق ، أو لحق الله

---

(1) الموافقات الشاطبي ج ١ ص ٢٩٢ - ٢٩٥ .
(2) المصدر السابق .

فى العتق الذى انعقد سببه من سيده وهو التدبير فإن البيع يفيته فى الغالب بعد موت السيد فإن أعتقه المشترى حصل قصد الشارع فى العتق فلم يرد لذلك .

وبيع الغاصب للمغصوب الموقوف على إجازة المغصوب منه أو رده لأن المنع إنما كان لحقه فإذا أجازه جاز فالنهى لم يكن لقبح المنهى عنه عينا بل لأمر جاوره وصاحبه .

والبيع والسلف منهى عنه ، فإذا أسقط مشترى السلف شرطه جاز ماعقداه ، وصح على بعض الأقوال ، وقد يتلافى هذا المانع الذى من أجله لم يأذن الشارع فى العادة وذلك بإسقاط الشرط شرعا كما حدث بالنسبة لبريرة حيث باعوها مع اشتراط أن يكون الولاء لهم لا لمن يعتقها ولم يسقطوا هذا الشرط فأسقطه الشرع ولم يعتبره .

وعلى هذا قال الحنفية بتصحيح العقود الفاسدة كنكاح الشغار ، وبيع الدرهم بالدرهمين وغير ذلك من العقود التى هى باطلة على وجه فيزال ذلك الوجه ومعنى هذا أن الشارع نهيه عن هذه المعاملات كان لأمر فلما زال ذلك الأمر ارتفع النهى وصار العقد موافقا لأمر الشارع فصلحة العباد مغلبة على حكم الفساد .

الإطلاق الثانى للبطلان : أما الإطلاق الثانى للبطلان فهو أن يراد به عدم ترتب آثار العمل عليه فى الآخرة ، وهو الثواب وهذا يتصور فى العبادات والعادات فتكون العبادة باطلة بالإطلاق الأول فلا يترتب عليها جزاء إذا كانت غير مأذون بها أو مخالفة لأمر الشارع ، كالمتعبد رئاء الناس .

وقد تكون صحيحة بالإطلاق الأول ولا يترتب عليها ثواب أيضا كالمتصدق بالصدقة ثم يتبعها بالمن والأذى مخالفا بذلك قول الله تعالى « يا أيها الذين آمنوا لا تبطلوا صدقاتكم بالمن والأذى كالذى ينفق ماله رئاء الناس » فقد قضت الآية بأن الصدقة مع اتباعها بالمن والأذى لا فائدة منها وأنها كالعدم فى الآخرة لأنها كتراب على حجر صلد نزل عليه وابل فلم يترك له أثراً — وهذا ظاهر أن هذا باعتبار الآخرة .

وتكون أعمال العادات باطلة أيضا بمعنى عدم ترتب الثواب عليها سواء كانت

باطلة بالإطلاق الأول أم لا . وذلك كالعقود المفسوخة شرعاً ، وكالأعمال التي يكون الحامل عليها مجرد الهوى والشهوة من غير التفات إلى خطاب الشارع فيها كالأكل والشرب ، والنوم وأشباهها والعقود المنعقدة بالهوى ولكنها وافقت الأمر أو الاذن الشرعي بحكم الاتفاق لا بالقصد إلى غير ذلك فهي أعمال سليمة لموافقتها الإذن الشرعي لكن لا ثواب عليها في الآخرة لأن الباعث عليها هو الهوى لا الامتثال لأمر الشارع . قال تعالى (ماعندكم ينفد وما عند الله باق)[١] (من كان يريد حرث الآخرة نزد له في حرثه ، ومن كان يريد حرث الدنيا نؤته منها ، وما له في الآخرة من نصيب) - (أذهبتم طيباتكم في حياتكم الدنيا واستمتعتم بها) وما أشبه ذلك مما هو نص ، أو ظاهر ، أو فيه إشارة إلى هذا المعنى ، ولذلك قالوا إن الأعمال العادية لابد لصحتها من قصد بمعنى أن الأعمال يثاب عليها في الآخرة لابد لذلك من القصد إلى إتيانها بغرض نيل الثواب بها في الآخرة .

تقسيم آخر : والإطلاق الثاني للبطلان يحتمل تقسيما آخر لكن بالنسبة للفعل العادي لأن الفعل العادي - إذا خلا عن القصد إلى التعبد بإتيانه - لا يخلو من أن يكون المكلف قد قصد إتيان الفعل أو لم يقصد إتيانه . والمفعول بقصد إما أن يكون القصد بمجرد الهوى ، والشهوة من غير نظر في موافقة قصد الشارع أو مخالفته ، وإما أن ينظر مع ذلك في الموافقة فيفعل ، أو في المخالفة فيترك ، إما اختياراً ، وإما اضطرارا فهذه أربعة أقسام :

أحدها : أن يفعل المكلف الفعل من غير قصد إليه ، كالغافل ، والنائم وهذا النوع من الأفعال لا يتعلق بها خطاب اقتضاء ولا تخيير ، فليس فيه ثواب ولا عقاب ، لأن الجزاء في الآخرة إنما يترتب على الأعمال الداخلة تحت التكليف فما لا يتعلق به خطاب تكليف لا يترتب عليه ثمرته .

الثاني : أن يفعل المكلف الفعل قاصداً إتيانه تحقيقاً لغرضه فقط ، وهذا أيضا لا ثواب له على ذلك - كالقسم الأول - وإن تعلق به خطاب التكليف ،

---

(١) المصدر السابق .

أو وقع واجباً ، كأداء الديون ، ورد الودائع ، والأمانات ، والإنفاق على الأولاد ، وأشباه ذلك .

ويدخل تحته ذلك ترك المنهيات بحكم الطبع ، لأن الأعمال بالنيات ، وقد قال الرسول ﷺ : « إنما الأعمال بالنيات ، وإنما لكل امرىء ما نوى ، فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله ، ومن كانت هجرته إلى دنيا يصيبها ، أو إلى امرأة ينكحها فهجرته إلى ما هاجر إليه »[1] .

وجه الاستدلال : ووجه الاستدلال بالحديث أن النية ... الثواب فى الآخرة فمن نوى بفعله تحقيق غرض دنيوى ناسياً أمر الآخرة غير قاصد بفعله ثواباً من الله جل وعلا على ما أتاه من فعل ، فهذا لن يناله بفعله إلا ما نواه ، ولا ثواب له فى الآخرة .

قال الشاطبى : وهذا القسم ، والذى قبله باطل بمقتضى الإطلاق الثانى للبطلان .

الثالث : أما القسم الثالث فهو أن يفعل المكلف الفعل مع استشعار للموافقة اضطرارا ، كالقاصد لنيل لذته من المرأة الفلانية ، ولما لم يمكنه الزنا لامتناعها ، أو لمنع أهلها ، عقد عليها عقد النكاح ليكون موصلا إلى ماقصد . فهذا أيضاً باطل بالإطلاق الثانى ، لأنه لم يرجع إلى حكم الموافقة إلا مضطراً ومن حيث كان موصلا إلى غرضه ، لا من حيث إباحة الشارع ـ لكن هذا الفعل غير باطل بالإطلاق الثانى وهو عدم ترتب أثر الفعل عليه فى الدنيا .

والأمثلة بالنسبة لهذا القسم كثيرة منها . الزكاة المأخوذة كرها فإنها صحيحة على الإطلاق الأول إذ يترتب عليها إسقاط القضاء عن المأخوذة منه كرها ، ، مبرئة لذمته . وهى باطلة على الإطلاق الثانى للبطلان وهو عدم ترتب الأثر على الفعل فى الآخرة .

---

(١) قال فى الترغيب ، رواه الشيخان : وأبو داود ، والترمذى ، والنسائى.

وكذلك ترك المحرمات ، خوفا من العقاب عليها فى الدنيا ، أو استحياء من الناس ، أو ما أشبه ذلك .

يقول الشاطبى : ولذلك كانت الحدود كفارات فقط فلم يخبر الشارع عنها أنها مرتبة ثوابا على حال ، وأصل ذلك كون الأعمال بالنيات[١] .

والرابع : أن يفعل المكلف الفعل لكن مع استشعار الموافقة اختياراً ، كالفاعل المباح بعد علمه بأنه مباح ، حتى إنه لو لم يكن مباحا لم يفعله .

حكم هذا القسم : وهذا القسم إنما يتعين النظر فيه فى المباح ، أما المأمور به ، يفعله بقصد الامتثال ، أو المنهى عنه يتركه بذلك القصد أيضا فهو من الأفعال الصحيحة شرعا بالاعتبارين .

ولو ترك المأمور به أو فعل المنهى عنه قصدا لمخالفة أوامر الشرع فهذا من قبيل الباطل بالاعتبارين أيضا .

ولو فعل المكلف المباح أو تركه من حيث أن الشرع خيره ، فاختار أحد الطرفين من الفعل أو الترك لمجرد حظه ، فهذا النوع من الأفعال يحتمل ثلاثة أوجه هى :

أحدها : اعتبار الفعل صحيحا بالاعتبار الأول أى يترتب عليه أثره فى الدنيا وباطلا بالاعتبار الثانى أى لا يترتب عليه ثواب فى الآخرة . وهذا هو الجارى على الأصل المتقدم فى تصور المباح بالنظر إلى نفسه ، لا بالنظر إلى ما يستلزم .

الثانى : أن يعتبر الفعل صحيحاً بالاعتبارين معاً ، بناء على أن المكلف قد تحرى فى فعل المباح أو تركه أنه قد حقق رغبته فيما أذن الشارع ، دون ما لم يؤذن له فيه .

---

(١) الموافقات للشاطبى ج ١ ص ٢٩٨

وعلى هذا نبه الحديث على الأجر فى وطء الزوج زوجته فقد سأل الصحابة رسول الله ﷺ قائلين أيأتى أحدنا شهوته وله فيها أجر ؟! قال ﷺ «أرأيتم لو وضعها فى حرام ، أكان عليه فيها وزر ؟ فكذلك إذا وضعها فى الحلال كان له أجر»(١).

الثالث : أن يكون الفعل صحيحاً بالاعتبارين معاً ـ فى المباح الذى هو مطلوب الفعل بالكل ، وصحيحا بالاعتبار الأول ، باطلا بالاعتبار الثانى ـ فى المباح الذى هو مطلوب الترك بالكل .

قال الشاطبى : وهذا هو الجارى على ما تقدم فى القسم الأول من قسمى الأحكام ، ولكنه مع الذى قبله باعتبار أمر خارج عن حقيقة الفعل المباح ، والأول بالنظر إليه فى نفسه(٢) .

رأى صاحب تنقيح الفصول : قال الإمام القرافى : الرابع ، الصحة ، وهى عند المتكلمين ما وافق الأمر .

وعند الفقهاء ما أسقط القضاء ، والبطلان يتخرج على المذهبين ، فصلاة من ظن الطهارة وهو محدث صحيحة عند المتكلمين ، لأن الله تعالى أمره أن يصلى صلاة على ظنه طهارته ، وقد فعل فهو موافق للأمر .

والصلاة باطلة عند الفقهاء لكنها لم تمنع من ترتب القضاء ، وأما فساد العقود فهو خلل يوجب عدم ترتب آثارها عليها إلا أن تلحق بها عوارض ، على أصولنا فى البيع الفاسد .

وقال القرافى : لقد اتفق الفريقان على جميع الأحكام ، وإنما الخلاف فى التسمية فاتفقوا على أنه (أى الصحة) الفعل الموافق لأمر الله تعالى ، وأنه

---

(١) رواه مسلم .

(٢) الموافقات للشاطبى جـ١ ص٢٩٩

مثاب ، وأنه لا يجب عليه القضاء إذا لم يطلع على الحدث ، وأنه يجب عليه القضاء إذا اطلع ، وإنما اختلفوا فى وضع لفظ الصحة هل يضعونه لما وافق أمر الله تعالى سواء وجب القضاء أم لم يجب ؟ أو يضعونه لما لا يمكن أن يتعقبه قضاء ، ومذهب الفقهاء أنسب للغة ، فإن الآنية إذا كانت صحيحة من جميع الجهات إلا من جهة واحدة فإن العرب لا تسميها « صحيحة » ، وإنما تسمى صحيحاً مالا كسر فيه البتة بطريق من الطرق ، وهذه الصلاة هى مختلة على تقدير الذكر ، فهى كالآنية المكسورة من وجه[1].

ماهو البطلان على كلا المذهبين : ووجه تخريج البطلان على المذهبين أنا إذا فسرنا الصحة بأنها موافقة الأمر كان البطلان هو مخالفة الأمر ، وإن فسرنا الصحة بما أسقط القضاء ! كان البطلان هو ما أمكن أن يترتب فيه القضاء ! ! وآثار العقود هى التمكن من البيع ، والهبة والأكل ، والوقف وغير ذلك ! !

العوارض التى تلحق الصحة والبطلان : قال القرافى :

وأما العوارض التى تلحق بها على أصولنا فذلك أن النهى يدل على الفساد عندنا وعند الشافعية ويدل على الصحة عند الحنفية ، فطرد الحنفية أصلهم ، وقالوا:

إذا اشترى أمة شراء فاسداً جاز له وطؤها ، وكذلك العقود الفاسدة عندهم . .

أما الشافعية : فطردوا أصلهم وقالوا :

يحرم على من اشترى أمة شراء فاسداً أن يطأها ويحرم الانتفاع بآثار العقود الفاسدة ، وإن بيع ألف بيع وجب نقض الجميع .

ونحن (يقصد المالكية) قد خالفنا أصلنا وراعينا الخلاف فى المسئلة وقلنا :

---

(١) شرح تنقيح الفصول فى اختصار المحصول فى الأصول للإمام الكبير شهاب الدين أبى العباس أحمد بن إدريس القرافى المتوفى ٦٨٤ هـ ص ٧٦ - ٧٨ -

إن البيع الفاسد يفيد شبهة الملك فيما يقبل الملك ، فإذا لحقه أحد أربعة أشياء تقرر الملك بالقيمة ، وهى حوالة الأسواق ، وتلف العين ، ونقصانها وتعلق حق الغير بها على تفصيل فى ذلك فى كتب الفروع فهذه هى العوارض[١]

الفرق بين الصحة والإجزاء

وقال القرافى : إن الإجزاء شديد الالتباس بالصحة ، فإن الصلاة الصحيحة مجزئة ، وتفسيرنا للإجزاء بأنه كون الفعل كافياً فى الخروج عن عهدة التكليف هو معنى قولنا فى الصحة : إنها موافقة الأمر[٢] .

وقولنا هنا ما أسقط القضاء هو مذهب الفقهاء فى الصحة فيلزم أن يكونا مسألة واحدة ! فلم جعلوهما مسألتين .

والجواب : إن العقود توصف بالصحة ، ولا توصف بالإجزاء ، وكذلك النوافل من العبادات توصف بالصحة دون الإجزاء ، وإنما يوصف بالإجزاء ما هو واجب ، فلذلك استدل جماعة من العلماء على وجوب الأضحية بقوله عليه الصلاة والسلام لأبى بردة بن نيار : « تجزيك ولا تجزىء أحداً بعدك » . فحينئذ الصحة أعم من الإجزاء بكثير فهما حقيقتان متباينتان فأمكن جعلهما مسألتين .

وقولهم : الإجزاء ما أسقط القضاء غير متجه ، من جهة أن الذى يسقط القضاء هو المجزىء ، لا الإجزاء . فالأولى لصاحب هذا المذهب أن يقول فى تعريف الإجزاء : بأنه كون الفعل مسقطاً للقضاء ، فيجعله بذلك صفة فى الفعل لا نفس الفعل .

وحكى الإمام فخر الدين (فى تعريف الإجزاء) بأنه هو سقوط القضاء ، فجعله صاحب هذا المذهب ، نفس السقوط ، فيلزمه على هـــذا التعريف

(١ ، ٢) المصدر السابق .

أنه حيث وجد سقوط القضاء يوجد الإجزاء والواقع ليس كذلك ، فان من مات فى وسط الوقت ولم يصل ، أو صلى صلاة فاسدة ، فانه وجد فى حقه سقوط القضاء ، ولم يوجد الإجزاء ، فان القضاء إنما يتوجه بعد خروج الوقت وبقاء أهلية التكليف ، والميت ليس أهلا للتكليف ، ولأنا نعلل سقوط القضاء بالإجزاء ، والعلة مغايرة للمعلول ، ولهذا فلا يكون الإجزاء هو نفس سقوط القضاء[1] .

---

(١) المصدر السابق .

المحكوم فيه

يطلق المحكوم فيه على خطاب الشارع باعتبار تعلقه بفعل المكلف ، وكذلك يطلق أيضا على فعل المكلف الذى تعلق به الخطاب ، أو المحكوم به . إيجابا أو ندبا ، أو كراهة ، أو إباحة ، أو بجعله سببا ، أو شرطا ، أو مانعا .

وبعض الأصوليين رجحوا التعبير عن فعل المكلف بالمحكوم فيه بدلا من التعبير عنه بالمحكوم به[1]

لا تكليف إلا بفعل : يرى العلماء أنه لا تكليف إلا بفعل ، سواء كان فعل إتيان ، أو فعل كف ، أو تخيير .

أما إذا كان الحكم من قبيل الحكم الوضعى فقد يكون المحكوم فيه فعلا وقد يكون ما ارتبط به .

قال صاحب مرآة الأصول فى شرح مرقاة الوصول[2] : والمحكوم وهو الفعل الذى تعلق به خطاب الشارع وهو أربعة أنواع .

الأول : حقوق الله تعالى خالصة وهى ما يتعلق به النفع العام من غير اختصاص بأحد فينسب إلى الله تعالى لعظم خطره وشمول نفعه ، وإلا فباعتبار التخليق ، الكل سواء فى الإضافة إلى الله تعالى ، « ولله ما فى السموات وما فى الأرض » . وباعتبار الضرر والانتفاع فهو سبحانه وتعالى متعال عن الكل .

: ى : حقوق العباد خالصة وهو ما يتعلق به مصلحة خاصة كحرمة مال

---

(١) التقرير والتحبير جـ٢ ص١١٣ .

(٢) ملا خسرو وعليه رحمة الله ص ٢٠٢، ٣١٣ .

الغير ، وكبدل المتلفات ونحوه من بدل المغصوب والدية ، وملك المبيع ، والثمن وملك النكاح ، والطلاق ، وما أشبهها ـ .

الثالث : ما اجتمع فيه حق الله تعالى وحق العبد والأول غالب كحد القذف وبه مشتمل على الحقين فإن شرعه لدفع عار الزنا عن المقذوف دليل على أن فيه حق العبد ، وشرعه حدا زجرا دليل على أن فيه حق الله تعالى إلا أن هذا الحق راجح عندنا (الحنفية) حتى لايجرى فيه الإرث ، ولايسقط بالعفو إلا فى رواية عن أبى يوسف رحمه الله ، ويجرى فيه التداخـــل عند الاجتماع حتى لو قذف جماعة فى كلمة واحدة أو فى كلمات متفرقة لايقام عليه إلا حد واحد .

رأى الشافعى : أما الشافعى فيرى أن حد القذف حق العبد فيه غالب فيجرى فيه العفو والإرث ولايجرى فيه التداخل .

الرابع : أما النوع الرابع فهو ما اجتمع فيه الحقان وحق العبد غالب كالقصاص فإن فيه حق الله تعالى لأنه يسقط بالشبهة كالحدود الخالصة ، ويجب جزاء للفعل حتى تقتل الجماعة بالواحد ومعلوم أن أجزية الأفعال تجب حقا لله تعالى ولكن حق العبد أرجح لأن وجوب القصاص يكون بطريق المماثلة ، وفيه معنى المقابلة بالمحل من هذا الوجه فلهذا يجرى فيه الإرث ويصح الاعتياض والعفو عنه ،[1]

والفعل التكليفى إما أن يكون طلبيا ، وإما أن يكون تخييريا فإن كان الأول فإما أن يكون الطلب للفعل طلبا جازما كقوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود »[2] فالمحكوم فيه وهو العقد الذى هو فعل المكلف مطلوب طلبا جازما لورود الخطاب بصيغة الأمر التى تفيد الوجوب .

---

(١) المصدر السابق .

(٢) الآية الأولى من سورة المائدة .

وإذا كان الطلب غير جازم كقوله تعالى «يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه»(١) فالمحكوم فيه وهو كتابة الدين الذى هو فعل المكلف مطلوب لا على سبيل الجزم بقرينة قوله تعالى فى الآية نفسها «فإن أمن بعضكم بعضا فليؤد الذى أؤتمن أمانته».

وإذا كان الطلب للترك فإن كان طلب الترك طلباً جازماً كقوله تعالى: «ولا تقتلوا النفس التى حرم الله إلا بالحق»(٢) فالمحكوم فيه وهو القتل الذى هو فعل المكلف مطلوب تركه على سبيل الجزم لورود الخطاب بصيغة النهى والنهى يدل على التحريم.

وقد يكون طلب الترك طلبا غير جازم لقوله ﷺ «إن الله حرم عقوق الأمهات ووأد البنات، وكره لكم قيل وقال، وكثرة السؤال، وإضاعة المال» فالمحكوم فيه وهو القيل والقال أو كثرة السؤال أو إضاعة المال كلها أعمال المكلف مطلوب تركها لا على سبيل الجزم.

أما الفعل التخييرى: فكقوله تعالى «وإذا حللتم فاصطادوا»(٣) فالمحكوم فيه وهو الاصطياد الذى هو فعل المكلف خير الشارع فيه المكلف بين الفعل والترك لأن الأمر بعد الحظر يفيد الإباحة وهذا الأمر الوارد فى النص الكريم سبقه حظر هو قوله تعالى «غير محلى الصيد وأنتم حرم». والحكم الوضعى إما أن يكون المحكوم فيه فعلا أو ما ارتبط به فالأول قد يكون الفعل شرطاً كالطهارة بالنسبة للصلاة قال تعالى: «يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا وجوهكم وأيديكم إلى المرافق وامسحوا برءوسكم وأرجلكم إلى الكعبين»(٤).

وقد يكون الفعل سبباً كالقتل العدوان بالنسبة لوجوب القصاص قال تعالى:

---

(١) الآية رقم ١٢٨ من سورة البقرة.
(٢) الإسراء الآية رقم ٢٣.
(٣) سورة المائدة الآية رقم ٢٢.
(٤) » » » » ٦

« يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى فمن عفى له من أخيه شىء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم »[١] .

وقد يكون الفعل مانعا ، كقتل الوارث مورثه فهذا القتل الذى هو فعل المكلف مانع من الميراث قال ﷺ « لا يرث القاتل » .

وقد يكون الفعل ركناً كالقراءة فى الصلاة فالقراءة التى هى فعل المكلف ركن فى الصلاة قال تعالى « فاقرأوا ماتيسر من القرآن »[٢] .

وقد يكون المحكوم فيه أمراً ارتبط بفعل المكلف وهذا قد يكون سبباً مثل دلوك الشمس الذى جعله الشارع سبباً لوجوب الصلاة ـ فدلوك الشمس ليس فعلا من أفعال المكلف ولكنه ارتبط بفعله من ناحية أن الدلوك سبب لوجوب الصلاة التى هى من أفعال المكلف « أقم الصلاة لدلوك الشمس إلى غسق الليل وقرآن الفجر إن قرآن الفجر كان مشهودا[٣] » .

شروط صحة التكليف بالفعل : للتكليف بالفعل شروط هى :

١ ـ أن يكون الفعل المكلف به فعلا معلوماً للمكلف علماً تاماً ليتسنى له القيام به كما طلب منه فلا يصح التكليف بالمجمل إلا بعد بيانه كالصلاة مجملة لا يصح التكليف بها إلا بعد بيان أركانها وشروطها وكيفية أدائها .

ولا يصح التكليف بالزكاة مجملة إلا بعد بيان حقيقتها ومقدارها ، وكذلك كل فعل تعلق به خطاب من الشارع مجمل لا يصح التكليف به ولا مطالبة المخاطبين بامتثاله إلا بعد بيانه . ولهذا أعطى الرسول ﷺ سلطة التبيين « وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم » وقد بين الرسول ﷺ ما أجمل فى القرآن

---

(١) البقرة الآية ١٧٨ .
(٢) المزمل الآية رقم ٢٠ .
(٣) الإسراء آية رقم ٧٨ .

بسنته القولية ، والفعلية . فقد بين ﷺ المجمل فى قوله تعالى : « إن الصلاة كانت على المؤمنين كتاباً موقوتاً » بينها بقوله ﷺ (صلوا كما رأيتمونى أصلى) ، وبين المجمل فى قوله تعالى « وامسحوا برؤوسكم » بما روى عنه ﷺ (انه أتى سباطة قوم فبال ومسح على ناصيته وخفيه) فسحه على الناصية بين أن المفروض هو مسح ربع الرأس ، فبعد أن كان قوله تعالى « وامسحوا برؤوسكم » يحتمل أن يكون الممسوح كل الرأس ، ويحتمل أن يكون البعض ، أظهر فعله ﷺ أن المراد هو مسح البعض الصادق بالربع .

٢ — أن يكون التكليف بما يمكن حدوثه لاستحالة تعلق الأمر بالمحال كقلب الأجناس ، والجمع بين الضدين ، فلا أمر إلا بمعدوم يمكن وجوده .

٣ — أن يكون التكليف بمعلوم للمكلف وليس المراد من اشتراط علم المكلف بالتكليف العلم الفعلى بل المراد التمكن من العلم به والوصول إلى معرفته فمن كان فى دار الإسلام يتمكن من العلم بالأحكام الشرعية بنفسه ، أو بسؤال أهل العلم عنها فلا عذر له بالجهل بها لأنه مقيم فى دار الاسلام قال تعالى : « فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون » وقال بعض العلماء أنه يجب أن يكون الفعل الذى قصد به الطاعة والتقرب معلوماً لدى المكلف أنه مأمور به من جهة الله تعالى حتى يتصور منه قصد الامتثال .

٤ — الشرط الرابع أن يكون الفعل مقدوراً للمكلف يمكنه أداؤه أو تركه فلا مؤاخذة على ما ليس فى مقدور المكلف أن يفعله إذا لم يفعله لأن نصوص الشريعة صريحة بعدم التكليف شرعاً بغير المقدور لما فى ذلك من المشقة التى لا تطاق ، ولا تحتمل . قال تعالى : « لا يكلف الله نفساً إلا وسعها » وقال جل وعلا « لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها » وقال : « ربنا ولا تحملنا ما لا طاقة لنا به » وغير ذلك من النصوص التى وردت عن الشارع دالة على أن الله تعالى لا يكلف عباده بما لا يستطيعون فعله والقيام به .

قال صاحب المرآة : « والتكليف أى طلب تحقق الفعل والاتيان به لا على قصد التعجيز وإظهار عدم القدرة : بما لا يقدر عليه المأمور مطلقاً أو عادة

محال عقلا لأن طلب حصول المحال من الله تعالى الحكيم فى كل شىء هو محال، وهو محال نقلا أيضا لقوله تعالى : « لايكلف الله نفسا إلا وسعها » وقوله « وما جعل عليكم فى الدين من حرج » وغير ذلك . وكل ماأخبر الله تعالى بعدم وقوعه يستحيل وقوعه وإلا أمكن كذبه وإمكان الكذب على الله تعالى محال .

وإذن فلابد للمأمور من قدرة بها يتمكن من أداء مالزمه بلا حرج غالباً وهى أى القدرة شرط لوجوب الأداء ، لا الأداء نفسه »(١)

فالقدرة على الفعل شرط التكليف ، فلا تكليف بممتنع ـ والممتنع إما أن يكون إمتناعه ذاتيا بحيث لاتقبل ذاته الوجود ، كالجمع بين الضدين ، وإما أن يكون الامتناع عاديا ، بمعنى أنه فى نفسه ممكن الوجود ، ولكن لاقبل للمكلف به .

المستحيل لذاته : المراد بالمستحيل لذاته هو مالايتصور العقل وجوده وهو أمر لايجوز عقلا التكليف به ، لأن التكليف معناه طلب إيقاع الفعل خارجيا فلابد من تصور المكلف به كما طلب ، وقد فرضنا أنه مستحيل لذاته فامتنع التكليف به .

وكذلك يمتنع التكليف الصورى ، لأنه ضرب من الهذيان ، وهو لايجوز على الله سبحانه وتعالى .

المستحيل لأمر خارج : يراد بالمستحيل لأمر خارج الأمر الممكن فى ذاته ، ولكنه ليس من مقدور العبد ، وهذا القسم ملحق بالاول ، لأنه لابد فى التكليف من ملاحظة المكلف والمكلف به ، والنسبة بينهما وهى الإمكان الخاص أى إمكان وقوع هذا الفعل من المكلف ، والإمكان الذاتى لايفيد هنا ، لأنه ليس مناطا التكليف .

---

(١) مرآة الأصول فى شرح مرقاة الوصول للعلامة ملاخسرو ـ ص ٥٥ .

رأى آخر : هناك من يرى جواز التكليف بالمستحيل لذاته أو لغيره .
والمستحيل لذاته هو مالا يتصور العقل وجوده مثل الجمع بين الضدين من إيجاب الشيء وتحريمه في وقت واحد ، أو الجمع بين النقيضين : الوجود ، والعدم .

والمستحيل لغيره هو أمر يتصور العقل وجوده لكن لم تجر العادة بحصوله كتكليف الأصم السماع . والأبكم الكلام ، والمقيد العدو .

واحتج أصحاب هذا الرأى بأن الله تعالى كلف قوماً بأعمال سبق فى علمه أنهم لا يعملونها وقد صرح بذلك فى كتابه العزيز فقال : « سواء عليهم أأنذرتهم أم لم تنذرهم لا يؤمنون » وهو مع ذلك كلفهم بالإيمان .

قال صاحب الإبهاج :[1] مالا يقدر عليه العبد قد يكون معجوزاً عنه متعذراً عادة لا عقلا كالطيران فى الهواء ، وقد يكون متعذراً عقلا ممكنا عادة كمن علم الله تعالى أنه لا يؤمن ، فإن إيمانه مستحيل ، والحالة هذه عقلا لتعلق علم الله به وإذا سئل ذوو العوائد عنه حكموا بأن الإيمان فى إمكانه ، وهكذا كل طاعة قدر فى الأزل عدمها ، وقد يكون متعذراً عادة وعقلا ، كالجمع بين السواد والبياض .

إذا عرفت هذا فمحل النزاع فى التكليف بالمستحيل إنما هو المتعذر عادة سواء كان معه التعذر العقلى أم لا . أما المتعذر عقلا فقط لتعلق علم الله به ، فقد أطبق العقلاء عليه وقد كلف الله الثقلين أجمعين بالإيمان مع قوله تعالى « وما أكثر الناس ولو حرصت بمؤمنين »[2]

---

(١) الإبهاج فى شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للقاضى البيضاوى المتوفى ٦١٥ هـ تأليف شيخ الإسلام على بن عبد الكافى السبكى المتوفى ٧٥٦ هـ وولده تاج الدين عبد الوهاب بن على السبكى المتوفى ٧٧١ هـ جـ ١ ص ١٧٠ – ١٧٥ (٢) الآية رقم ١١٣ من سورة يوسف عليه السلام .

قال شيخ الإسلام علي بن عبد الكافي السبكي :

ذهب جماهير الأصحاب إلى أنه يجوز التكليف بالمحال . وذهبت المعتزلة إلى امتناع التكليف بالمحال مطلقا ، وإليه ذهب بعض أصحابنا ، كالشيخ أبي حامد وإمام الحرمين ، والغزالي ، واختاره الشيخ تقي الدين بن دقيق[1] كما صرح به في شرح العنوان .

وذهب قوم إلى أنه إن كان ممتنعا لذاته لم يجز وإلا جاز ، واختاره الآمدي . وادعى أن الغزالي مال إليه .

وذهب الأستاذ أبو إسحاق إلى أنه لا يجوز أن يرد التكليف بالمحال ، فإن ورد لا نسميه تكليفا ، بل يكون علامة نصبها الله عز وجل على عذاب من كلف بذلك[2] .

أدلة من قالوا بالجواز مطلقا : استدل من قالوا بالجواز مطلقا بأن امتناع التكليف عند القائل به إنما هو لكونه عبثا ، وذلك مبني على تعليل أفعال الله تعالى بالأغراض وهو باطل .

دليل المعتزلة احتج المعتزلة ومن وافقهم بأن المحال لا يتصور ، لأن كل متصور بالعقل فهو معلوم ، إذ التصور من جملة أقسام العلم وكل معلوم متميز ، وكل متميز ثابت لأن التميز صفة وجودية ولا بد لها من موصوف موجود ضرورة عدم قيام الموجود بالمعدوم ، فلو كان متصورا لكان ثابتا ، ولكنه غير ثابت

---

(١) هو : محمد بن علي بن وهب بن مطيع المنفلوطي ، المصري ، نشأ في قوص بصعيد مصر وولد سنة ٦٢٥هـ .

(٢) الابهاج شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول لشيخ الاسلام السبكي وولده تاج الدين السبكي ج١ ص ١٧٤ .

فلا يكون متصورا ، وإذا كان غير متصور فلا يكلف به لأنه والحالة هذه مجهول .

رأى القرافى :

قال الإمام القرافى : يجوز تكليف مالا يطاق خلافا للمعتزلة والغزالى ، وإن كان لم يقع فى الشرع خلافا للإمام فخر الدين لنا قوله تعالى : « ربنا لا تحملنا ما لا طاقة لنا به »[١] .

. ووجه الاستدلال بالآية . هو أن فى سؤال رفع التكليف بمالاطاقة عليه دليل على عدم جوازه .

كما استدل القرافى على الجواز وعدم الوقوع فى الشرع بقوله تعالى (لا يكلف الله نفسا إلا وسعها)

ووجه القرافى الدليل المذكور فقال : ان نفى التكليف بغير مافى الوسع دليل على عدم وقوعه . ثم قال :

والمراد بجواز التكليف بما لايطاق دون الوقوع فى الشرع هو التكليف بما لايطاق عادة فقط كالطيران فى الهواء ، أو عادة وعقلا كالجمع بين الضدين - أما مالايطاق عقلا فقط كايمان الكافر الذى علم الله تعالى أنه لايؤمن فليس داخلا فى موضوع الاستدلال عليه لأن المعتزلة يقولون بالتكليف بما لايطاق عقلا ، وإنما الخلاف فيما لايطاق عادة كالجمع بين البياض والسواد فى محل واحد ، وجعل الجسم فى مكانين فى وقت واحد ، والعقل يجوزه[٢]

---

(١) الآية رقم ١٨٦ من سورة البقرة .
(٢) تنقيح الفصول فى اختصار المحصول فى الاصول للامام القرافى ص١٤٣ - ١٤٤

ردالحنفية على أدلة القائلين بجواز التكليف بالمحال : قال الحنفية إن من يرى أن المستحيل يجوزأن يكلف به الله تعالى عباده سواء كان المستحيل لذاته ، أو لغيره احتجوا لرأيهم هذا بأن الله يكلف قوما بأعمال سبق فى علمه أنهم لا يعملونها وقد صرح بذلك فى كتابه العزيز فقال : «سواء عليهم أأنذرتهم أم لم تنذرهم لا يؤمنون» وهو مع ذلك كلفهم بالإيمان .

والجواب عن ذلك : هو أن يقال لأصحاب هذا الدليل إن العلم لا أثر له فى وجود الفعل ولا فى عدمه إذ ليس مما يسلب قدرة العزم على الفعل عند خلق الاختيار فما يقع من الأفعال موافقاً لعلم الله القديم لا يؤثر العلم فى وجوده إنما يقع الكسب للعبد مختاراً له .

وغاية الأمر ان الله سبحانه وتعالى له كمال العلم فكان علمه محيطا بكل ما يكون أنه سيكون وذلك لا يسلب الفاعلين اختيارهم عند الفعل وعزمهم عليه وهو الذى كلفوا به .

القدرة المشروطة للتكاليف

قسم الحنفية القدرة التى هى شرط فى التكليف إلى نوعين هما :

١ — قدرة ممكنة .

٢ — قدرة ميسرة .

القدرة الممكنة : هى أدنى ما يتمكن به المأمور من أداء ماطلب منه سواء كان المطلوب منه بدنيا ، أم ماليا من غير حرج . ويعبرون عنها بسلامة آلات الفعل ، وصحة أسبابه ، والذى تشترط له من الأفعال ، كالصلاة إن غلب على الظن فعله بالعزم عليه ، فالواجب هو الأداء عينا فإذا لم يؤد فلا يخلو الحال من واحد من أمرين .

أحدهما : أن يكون قد فاته الأداء رغماً عنه بلا تقصير منه حتى فات وقت

الأداء وهنا ينتقل الواجب إلى القضاء إن كان ثمة خلف ، فإن لم يكن له خلف كصلاة العيد فلا قضاء ولا إثم .

الثـانى : أن لا يؤدى مع القدرة بسبب تقصير منه حتى فات الوقت ، وهذا يلحقه الإثم سواء كان للفائت خلف أم لا .

وإن لم يكن الفعل عند التمكن غالباً على الظن ، وجب الأداء لخلفه لا بعينه كمن تأهل فى الجزء الآخير من الوقت ، فالوجوب إنما يظهر أثره فى وجوب القضاء واشترط (زفر) لتوجه الخطاب هو بقاء جزء من الوقت يسع الصلاة . وقال الشافعى : لا خطاب إلا إذا كان قد بقى من الوقت ما يسع ركعة .

ولا يشترط بقاء القدرة للقضاء ، لأن اشتراطها إنما كان لتوجه الخطاب وقد توجه ، ووجوب القضاء ليس إلا بقاء ذلك الوجوب ، لأن سببهما واحد عند الحنفية فلم يكن ثم وجوب جديد يحتاج إلى قدرة أخرى

ومن التكاليف التى اكتفى فى وجوبها وتوجه الخطاب بها الحج حيث اشترط له الاستطاعة وهى عبارة عن الزاد والراحلة . فلو تمكن منهما وقت الحج ثم هلكت ثبت الحج فى ذمته دينا .

وكذلك صدقة الفطر فقد اشترط لهـا ملك المال فلو لم يؤدها وهلك المال بقى الواجب فى ذمته .

القدرة الميسرة : القدرة الميسرة هى الزائدة على مقدار التمكن باليسر ، وهذه اشترطت فى أكثر الواجبات المالية كالزكاة فإن الخطاب بها اشترط لتوجيهه زيادة على الإمكان ما يتيسر به الأداء وهو حولان الحول الممكن من النمو ، ثم لم يوجب الشارع إلا جزءا قليلا جدا من كثير ، ولهذا لو هلك المال سقطت الزكاة لفوات القدرة الميسرة ، وانتفى الوجوب إذا كان هناك دين لمنافاته اليسر والغنى إذ أن المال مشغول بحاجة أصلية وهى الدين ، واليسر إنما يتحقق بما فضل عنها . ولو لم تسقط الزكاة بالهلاك ، والدين لا نقلب اليسر عسرا ، أما الاستهلاك فلا يسقط الزكاة لما فيه من التعدى على حقوق الفقراء .

والسقوط بالهلاك مبني على أن الواجب جزء من العين ولهذا تسقط الزكاة بدفع النصاب كله بدون نية لوصول الجزء الواجب إلى مستحقه قطعا ، والنية إنما يحتاج إليها فى التعيين عند المزاحمة ولا مزاحمة هنا :

مثال آخر : الكفارة كالزكاة اشترطت فيها القدرة الميسرة بدليل أن الله خير القادر على جميع خصالها بين أعلاها وأدناها ، وهذا إذن للمكلف بما هو الأيسر عليه فلا يشترط لإجزاء الصوم فيها العجز المستدام فلو عجز وصام ثم أيسر بعد ذلك لا يبطل صومه ولا يؤمر بإحدى الخصال الأخرى ، ولو فرط فى التكفير حتى هلك ماله انتقل الوجوب إلى الصوم ، والاستهلاك هنا كالهلاك ، لأن المال غير متعين لها بخلافه فى الزكاة فان الواجب جزء النصاب .

لماذا خالفت الكفارة الزكاة فى الاستهلاك : خالفت الكفارة الزكاة فوجبت مع الدين لأن المقصود بالزكاة إغناء الفقير شكراً لنعمة الغنى ، والغنى لا يكون مع الدين أو يكون قاصراً بقدر الدين ، أما الكفارة فوجبت زجراً عن الجناية وستراً لها . والإغناء غير مقصود بها ولهذا تأدت بالصوم .

رأى آخر : يرى بعض الفقهاء إن الكفارة والزكاة كلاهما يسقط بالدين .

الشاق من الأعمال

والشاق من الأعمال أنواع هى :

النوع الأول : مشقة سببها تكاليف الشارع وهى بالاستقراء والتتبع من النوع الذى يمكن احتماله والاستمرار عليها عادة وإن كان فيها مشقة ، ومثل الشارع الحكيم فى تكاليفه التى تشتمل على مشاق يمكن تحملها والاستمرار فيها هى لمصلحة المكلفين فالطبيب يصف المريض الدواء المر المذاق أو يحرمه من تناول بعض الأطعمة المحببة إليه وهو فى ذلك لا يقصد إيلامه أو إيذاءه ، ولكن يقصد شفاءه وإزالة ما يشكو منه فكذلك التكاليف الشرعية المقصود منها عائد على المكلف لعلاج نزوات النفس الأمارة بالسوء وكبح جماحها . والأخذ بالتكاليف فيه السعادة ، والخير فى الدنيا والآخرة :

النوع الثاني : المشاق الزائدة التي لم تأت من قبل تكليف الشارع وإن أتت بسبب أمر عارض طارىء على المكلف كمرض أو سفر ، أو مخمصة أو إكراه أو غير ذلك من المشاق العارضة ، الطارئة على حال المكلف .

وهذا النوع من المشاق لم يترك الله عباده فيها نهباً للمشاق بل شرع من أجلهم الرخص استثناء من الأحكام العامة التي ليس فيها أمثال تلك العوارض كإباحة الفطر في رمضان للمريض أو المسافر ، وإباحة الجلوس في الصلاة لمن لا يستطيع القيام في الصلاة ، أو التيمم عند فقد الماء أو العجز عن استعماله ، وإباحة الأكل من الميتة أو شرب الخمر عند الاضطرار أو التلفظ بكلمة الكفر عند الإكراه وغير ذلك مما رخص الشارع به عند الضرورة وغيرها .

هذا ومتى ثبت أن المشقة ليست مقصودة بالذات للشارع فليس للمكلف أن يقصدها في التكليف نظراً إلى عظيم أجرها ، وله أن يقصد العمل الذي يعظم أجره لعظم مشقته من حيث هو عمل نافع أما لماذا لا يجوز للمكلف أن يقصد المشقة في التكليف نظرا لعظيم أجرها فلأنه ليس للمكلف أن يفعل ما يخالف قصد الشارع . وإذا قصد إيقاع المشقة ، فقد خالف قصد الشارع وكل عمل يخالف به قصد الشارع فهو باطل لا أجر فيه .

وأما كون المكلف له أن يقصد العمل الذي يعظم أجره لعظم مشقته من حيث هو عمل عظيم فهذا شأن التكليف في العمل كله .

ولا يعارض هذا ما ورد من قول الرسول ﷺ لبني سلمة ، وقد أرادوا القرب من مسجده « دياركم تكتب لكم آثاركم ، دياركم تكتب لكم آثاركم» وقال: « إن لكم بكل خطوة درجة » إذ أن هذا يدل على أن قصد المكلف إلى التشديد على نفسه في العبادة صحيح مثاب عليه ، لأن أولئك الذين أحبوا الانتقال أمرهم النبي ﷺ بالقرار في دارهم لعظم الأجر بكثرة الخطا .

الجواب : هو ان هذا الحديث لم يقصد فيه إلى نفس المشقة ، فقد ورد

فى البخارى ما يفسره فإنه زاد فيه : وكره أن تعرى المدينة قبل ذلك لئلا تخلو ناحيتهم من حراسها .

هذا والأصل هو أن الأفعال المأذون فيها إذا تسبب عنها مشقة غير معتادة والمكلف هو الذى تسبب فيها مع أن ما كلف به لا يقتضى هذه المشقة وهى ضارة بالمكلف ضرراً بليغاً فهى مشقة منهى عنها شرعا وغير صحيح التعبد بها لأن الشارع لا يقصد الحرج فيما أذن فيه . فقد ورد أن الرسول ﷺ رد على من نذر أن يصوم قائما فى الشمس وأمره بإتمام صومه ، ونهاه عن القيام فى الشمس وقال : هلك المتنطعون ، فالله لم يضع تعذيب النفوس سبباً للتقرب إليه ، ولا لنيل ما عنده .

تكليف الكفار بفروع الشريعة

هل حصول الشرط الشرعى من شروط التكليف .

الفعل المكلف به شروط شرعية تتوقف عليه صحته كالصلاة توقفت صحتها على الاسلام ، والوضوء ، وستر العورة الخ . فهل يصح أن . . المكلف بالمشروط والشرط غير حاصل؟

والجواب : أن لاخلاف حقيقة فى أن حصول الشرط الشرعى ليس شرطا فى صحة التكليف بل يتوجه الطلب بالشرط والمشروط معاً ، ويكون مأمورا بتقديم الشرط ـ لكن الخلاف هو فى شرط الإيمان والخلاف فى ذلك على النحو التالى :

رأى الشافعية : يرى الشافعية أن الإيمان ليس شرطا لتوجه الخطاب إلى المكلفين بفروع الشريعة من صوم وصلاة ونحوهما ، فالكفار يجوز أن يخاطبوا بهذه الفروع كما يخاطب المحدث فالكفار مكلفون بفروع الشريعة واستدلوا لذلك بالكتاب على التفصيل التالى :

قال تعالى « ما سلككم فى سقر ؟ قالوا لم نك من المصلين ، ولم نك نطعم المسكين وكنا نخوض مع الخائضين ، وكنا نكذب بيوم الدين ، حتى أتانا اليقين »

وجه الاستدلال : قال الشافعية : إن الشارع فى هذا النص نراه يخاطب الكفار بأداء العبادات وبالإيمان به جل وعلا فقد أخبر أنهم استحقوا العذاب بعدم كونهم من المصلين ، ومطعمى المسكين كما استحقوه بتكذيبهم بيوم الدين وإن كان من مقالهم فإنه لم يرده عليهم بل أقرهم عليه ، وسواء علينا أقلنا بأن العذاب للأمرين ، أو أن أصله التكذيب وغلظ عليهم بترك الفروع فإنه ينتج أنهم كانوا مطالبين فى الدنيا بها ا ويؤكد ذلك أنه يترتب على نقيضه التسوية بين كافر

باشر القتل، وسائر المحظورات؛ وبين من اقتصر على الكفر. والتسوية بينهما خلاف الاجماع فضلا عن أنها غير معقولة ومخالفة لنص قوله تعالى «والذين لايدعون مع الله إلها آخر ولايقتلون النفس التي حرم الله إلا بالحق ولايزنون ومن يفعل ذلك يلق أثاما يضاعف له العذاب يوم القيامة ويخلد فيه مهانا» فقد نصت الآية على مضاعفة العذاب لمن جمع بين الكفر وهذه الجرائم فيدل ذلك على أنهم مطالبون بتركها كما هم مطالبون بترك الكفر.

رأى الحنفية: قال أكثر الحنفية إنه يشترط الإيمان لصحة التكليف بفروع الشريعة وعلى هذا فغير المسلم، لايتجه إليه الخطاب بالصلاة، والصوم وسائر الأحكام الشرعية، لأن الإيمان شرط شرعي في صحة التكاليف الشرعية؟ فإذا لم يوجد لايتوجه إليه التكليف.

وهذا القول منسوب إلى مشايخ سمرقند، أما المعاملات، والعقوبات فهم مكلفون بها ماداموا يقيمون في بلاد المسلمين حتى يكون سلطان الحاكم شاملا لجميع من على أرض الدولة الإسلامية فلا امتيازات لهم متى ارتضوا الإقامة في البلاد الاسلامية.

ونسب إلى بعض شيوخ الحنفية أنهم يرون أن الكافر مخاطب بفروع الشريعة أداء، واعتقادا بهذا قال مشايخ العراق.

وبعضهم يرى أن الكافر مخاطب بالاعتقاد فقط بحيث أن العقاب إنما يكون على عدم الاعتقاد وبهذا قال مشايخ بخارى[1].

قال صاحب المرآة: ويؤمر الكفار بالايمان بالاتفاق لأن النبي ﷺ بعث إلى الناس كافة للدعوة إلى الايمان قال تعالى «قل ياأيها الناس إني رسول الله إليكم جميعاً»

---

(١) أصول السرخسي جـ١ ص٧٧؛

ويؤمرون أيضا بلا خلاف فى أحكام المعاملات لأن المطلوب بها معنى دنيوى وذلك بهم أليق، وأنهم آثروا الدنيا على الآخرة، ولأنهم ملتزمون بعقد الذمة بأحكامنا فيما يرجع إلى المعاملات، ويؤمرون أيضا بلا خلاف بأحكام العقوبات من الحدود والقصص وغير ذلك لأنها تقام بطريق الجزاء والايذاء لتكون زاجرة عن أسبابها وهم بها أليق من المؤمنين. ويؤمرون أيضا بالاتفاق باعتقاد وجوب العبادات حتى أنهم يؤاخذون فى الآخرة بترك الاعتقاد لأن ذلك كفر على كفر فيعاقب عليه كما يعاقب على أصل الكفر وإنما الخلاف فى أداء العبادات فى الدنيا.

فذهب العراقيون منا إلى أنهم يؤمرون به وهو مذهب الشافعى. وعند عامة مشايخ ديار ماوراء النهر أن الكفار لايؤمرون بأداء مايحتمل السقوط من عبادات وإلى ذلك ذهب القاضى أبو زيد، والامام شمس الأئمة، وفخر الاسلام وهو المختار عند المتأخرين.

ولا خلاف فى عدم جواز الأداء حال الكفر، ولا فى عدم وجوب القضاء بعد الاسلام[1].

أثر الخلاف : ظهر أثر الخلاف فى أنهم هل يعاقبون فى الآخرة بترك العبادات زيادة على عقوبة الكفر كما يعاقبون بترك الاعتقاد، وهذا هو الموافق لأصول الشافعية من أن تكليفهم بالفروع إنما هو لتعذيبهم بتركها كما يعاقبون بترك الأصول فظهر أن محل الخلاف هو الوجوب فى حق المؤاخذة على ترك الأعمال بعد الاتفاق على المؤاخذة بترك اعتقاد الوجوب — والايمان لايحتمل السقوط ولهذا فهم مكلفون به. وماذهب إليه العراقيون هو الصحيح لأن الكافر ليس أهلا لأداء العبادات لأن أداءها لاستحقاق الثواب والكافر ليس أهلا للثواب،

---

(١) مرآة الأصول فى شرح مرقاة الوصول للعلامة ملا خسرو ص ٧٢-٧٥

لأنه الجنة فإذا لم يكن أهلا للأداء لم يكن مخاطبا به لأن الخطاب بالعمل بخلاف الايمان فانه يصير بالأداء أهلا لما وعد الله تعالى المؤمنين فيكون أهلا الأداء[1] .

وقال صاحب الابهاج : أطبق المسلمون على أن الكفار بأصول الشرائع مخاطبون ، وباعتبارها مطالبون ، ولا اعتداد بخلاف مبتدع يسبب بأن العلم بالعقائد يقع اضطرارا فلا يكلف به .

وأجمعت الأمة كما نقله القاضي أبو بكر على تكليفهم بتصديق الرسل ، وبترك تكذيبهم وقتلهم ، وقتالهم ، ولم يقل أحد أن التكليف بذلك متوقف على معرفة الله تعالى .

فروع الدين : وأما تكليف الكفار بفروع الدين فقال الشافعي ، ومالك وأحمد : إنهم مخاطبون بها ، وخالفت الحنفية ، وهو قول الشيخ أبي حامد الاسفرايني من أصحابنا .

وذهب قوم : إلى أن النواهي متعلقة بهم دون الأوامر ، وقال والدي رحمه الله : وهي طريقة جيدة .

وفي المسألة مذهب رابع : هو أن المرتد مكلف دون غيره ، لالتزام المرتد أحكام الاسلام.

وقد رد هذا المذهب شيخ الاسلام تقي الدين السبكي فقال : ولا معنى لهذا لأن مأخذ المنع فيهما سواء ، وهو جهل الكافر بالله تعالى[1].

قال : وزعم القرافي أنه مر به في بعض الكتب حكاية أنهم مكلفون بما عدا الجهاد لامتناع قتالهم أنفسهم .

---

(١) المصدر السابق ص ٧٤ – ٧٥ .

ثم قال صاحب الابهاج : وأعلم أن هذه المسألة إنما ذكرت على صفة المثال لا الاصل وهو أنه هل حصول الشرط الشرعى شرط فى صحة التكليف أم لا؟ وهى مسألة مشهورة وهنا مباحثتان .

إحداهما : أن تكليف الكافر بالصلاة ، والصوم ، والحج ، ونحوها لا إشكال فيه لتمكنه من إزالة المانع ، والفعل بعده ، كالمحدث ، وحصول الشرط الشرعى غير مشروط فى صحة التكليف على الرأى الصحيح . أما الزكاة فقد يقال فى تكليفهم بها إشكال ، لأن شرطها بعد ملك النصاب مضى الحول وإنما يجب بتمامه ، فإذا تم الحول وهو كافر فكيف يكلف بزكاته ؟ . وهو لا يمكنة فعلها فى حال الكفر ولا بعده ، لانه لو أسلم اشترط مضى الحول بعد إسلامه . وهذا بخلاف الصلاة حيث يمكن فعلها فى الوقت . . .

وجواب هذا الاشكال : بأنه إذا تم الحول كلف بإخراجها بأن يسلم ويخرجها بعده ، فالتكليف بإخراجها بعد الاسلام متحقق ، ولكنه إذا أسلم تسقط ، ويكون بمثابة نسخ الشىء قبل إمكان فعله ، وذلك جائز ، فما كلفناه بمستحيل بل بممكن . فإن استمر على كفره كان التكليف مستمرا ، وإن أسلم سقط .

وفائدة ذلك هى : تضعيف العذاب فى الآخرة ، ومضى الحول ليس من شرطه الاسلام والذى يستأنف بعد الاسلام زكاة الحول الثانى ، أما الحول الأول فقد استقر وجوبه وهو متمكن من الاخراج وفى الزكاة ثلاثة أشياء :

الاول : الخطاب بأدائها : وهو حاصل لمابيناه ـ والثانى : ثبوتها فى الذمة وهو حاصل أيضا لا يفترق الحال بين المسلم والكافر فيه .

والثالث : تعلقها بالمال . وهذا يظهر أنه فى المسلم خاصة دون الكافر .

المباحثة الثانية : أما المباحثة الثانية إن إطلاق القول بأنه حصل خلاف بين العلماء فى تكليف الكفار بالفروع ربما يتوهم منه أن من يقول بتكليفهم بالفروع يقول كل حكم ثبت فى حق المسلمين ثبت فى حقهم ، وإن من لم يقل بتكليفهم بالفروع لايقول بذلك أى يقول : لايثبت فى حقهم شىء من الفروع أى من فروع الأحكام مع أن الأمر ليس على هذا التوهم . فان الخطاب على قسمين : خطاب تكليف ، وخطاب وضع ، فخطاب التكليف بالأمر والنهى هو محل الخلاف ، وليس كل تكليف أيضا ، بل مالم نعلم اختصاصه بالمؤمنين أو ببعض المؤمنين فالمراد بالأحكام التكليفية هنا الأحكام العامة التى شملها لفظ الحكم هل يكون الكفر مانعا من تعلقها بالكفار ؟ أو لا . ومن خطاب الوضع ماهو سبب لأمر أو نهى مثل كون الطلاق سببا لتحريم الزوجة . فهذا محل الخلاف أيضا . والفريقان مختلفان فى أنه هل هو سبب فى حقهم أيضا .

ومن خطاب الوضع كون إتلافهم وجناياتهم سببا فى الضمان ، وهذا ثابت فى حقهم أيضا ، بل ثبوته فى حقهم أولى من ثبوته فى حق الصبي ، وكون وقوع العقد على الأوضاع الشرعية سببا فى البيع والنكاح وغيرهما فهذا لانزاع فيه أيضا وفى ترتب الأحكام الشرعية عليه فى حقهم كما فى حق المسلم ، وكذا فى كون الطلاق سببا للفرقة فإن الفرقة تثبت إذا قلنا بصحة أنكحتهم ، ومن هذا القبيل الإرث والملك به ، ولوكان غير ذلك لما شاع بيعهم لمواريثهم ، ومايشترونه ، ولا معاملتهم ، وكذا صحة أنكحتهم إذا صدرت على الأوضاع الشرعية والخلاف فى ذلك لاوجه له .

ومن خطاب الوضع ثبوت المال فى ذمتهم فى الديون ، وفى الكفارات عند حصول أسبابها ، ولا نزاع فى ثبوت ذلك فى حقهم كما ثبتت فى حق المسلمين ، وكذلك

تعلق الحقوق التي يطالبون بأدائها بأموالهم ، مثل تعلق أروش الجنايات برقاب الجناة من أرقائهم ونحو ذلك ، وعكس هذا تعلق الزكاة بالمال رهن كما قاله بعض الفقهاء أو جناية كما قاله بعضهم ، أو شركة كما هو الأصح من مذهب الشافعي .

وإن قلنا إن الكفار مخاطبون بالزكاة لأمرين هما :

الأول : أن المقصود أنهم يأثمون بتركها ، وليس المقصود أنها تؤخذ منهم في كفرهم . لأن المقصود هو صيانة الواجب عن الضياع وهذا يفيد أن الزكاة للكفار مأمورون بأدائها ، وثبوتها في ذمتهم كما تثبت في ذمة المسلمين هو أمر زائد اختص به المسلمون بدليل أن الكافر مادام على كفره ولم يوجد منه أداء للزكاة إذا أسلم سقطت عنه .

والأدلة الواردة في أحكام الشريعة منها مايتناول لفظة الكفار مثل (ياأيها الناس) ونحوه فيتعلق به حكمه على القول بتكليفهم بالفروع - ومنها مالا يشملهم لفظه كما في قوله تعالى (خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها[١]) وكتاب أنس الذي كتبه له أبو بكر رضي الله عنه وفيه : « هذه فريضة الصدقة التي فرض رسول الله ﷺ على المسلمين وفيه في كل خمس شاة » وكالآيات التي فيها (يا أيها الذين آمنوا) كل هذه النصوص لاتشمل الكفار وإن شملت المسلمين[٢] .

قال تاج الدين السبكي : قال والدي رحمه الله : ولا يثبت حكم هذه النصوص للكفار وإن قلنا إنهم مخاطبون بالفروع إلا بدليل منفصل ، أو تبين عدم الفرق

---

(١) الآية رقم ١٠٣ من سورة التوبة .

(٢) الإبهاج في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للقاضي البيضاوي تأليف شيخ الإسلام على بن عبد الكافي السبكي وولده تاج الدين عبد الوهاب السبكي جـ١ ص ١٧٧ - ١٨٠ (الناشر مكتبة الكليات الأزهرية) .

بينهم وبين غيرهم ، والاكتفاء بعموم الشريعة لهم ولغيرهم ،وأماحيث يظهر الفرق أو يمكن معنى غير شامل لهم فلا يقال بثبوت ذلك الحكم لهم ، لأنه يكون إثبات حكم بغير دليل ، والتعلق قدر زائد على الوجوب فلا يثبت لهم ذلك إلا بدليل[1]

هل الكفار مخاطبون بأحكام الحدود : قال صاحب الإبهاج : ومن خطاب الوضع كون الزنا سببا لوجوب الحد ، وذلك ثابت فى حقهم ، ولذلك رجم النبى ﷺ اليهوديين[2] ولا يحسن القول ببناء ذلك الرأى على تكليفهم بالفروع ، فإنه كيف يقال باسقاط الإثم عنهم فيما يعتقدون تحريمه لكفرهم . وهذا فى الكتابى الذى يعتقد شرعاً ، أما من لا يعتقد شيئا فيجرى الخلاف فى تعلق التحريم به فى جميع المحرمات . .

قال الأستاذ أبو اسحاق فى أصوله : لا خلاف أن خطاب الزواجر من الزنا ، والقذف يتوجه على الكفار كما يتوجه على المسلمين .

ونص الشافعى رحمه الله على أن حد الزنا لا يسقط بالإسلام . .[3]

---

(١) المصدر السابق .

(٢) أخرج البخارى ومسلم وغيرهما من حديث عبد الله بن عمر : أن اليهود جاءوا إلى النبى صلى الله عليه وسلم فذكروا له أن رجلا منهم وامرأة زنيا ، فقال لهم رسول الله ﷺ : « ماتجدون فى التوراة ؟ قالوا نفضحهم ، ويجلدون ، قال عبد الله بن سلام : كذبتم إن فيها الرجم ، فأتوا بالتوراة فنشروها ، فوضع أحدهم يده على آية الرجم فقرأ ماقبلها ومابعدها ، فقال عبد الله بن سلام . ارفع يدك ، فرفع يده فإذا آية الرجم ، قالوا : صدق ، فأمر بهما رسول الله ﷺ فرجما) . (فتح القدير للشوكانى ٤ / ٤٣ ، ٤٤)

(٣) المرجع السابق

رأى المالكية : قال الامام القرافى : أجمعت الأمة على أن الكفار مخاطبون بالايمان واختلفوا فى خطابهم بالفروع !

قال الباجى : وظاهر مذهب مالك خطابهم بها خلافا لجمهور الحنفية وأبى حامد الاسفرايني ، لقوله تعالى حكاية عنهم : « قالوا لم نك من المصلين »[1] ولأن العمومات تتناولهم[2] (يا أيها الناس اعبدوا ربكم) .

وقيل هم مخاطبون بالنواهى دون الأوامر لأن التقرب بالفعل فرع اعتقاد صدق المخبر بالتكليف به ، ومن لم يصدق تعذر عليه أن يتقرب فلا يكلف بالتقرب، فهذه المسألة من فروع منع التكليف بما لا يطاق ، ولأن الله تعالى لا يقبل الفروع منهم لأجل كفرهم فلا يكلفهم بها لأن الله تعالى لا يقبلها — أما النواهى فان المكلف يخرج عن عهدتها بمجرد تركها وإن لم يشعر بها فضلا عن القصد إليها ، فإذا لم يعتقد التكليف وترك خرج عن عهدة العقوبة ، وأما الأمر فلا يخرج عن عهدته حتى يعتقد وجوبه .

توضيح القرافى لموضوع تكليف الكفار بالفروع : قال القرافى :

سر إلزام القائل بعدم التكليف أن الدهرى مكلف بالايمان بالرسول ﷺ ، وذلك متعذر عليه حتى يعتقد وجود الصانع ، وأن المحدث مكلف بالصلاة حالة الحدث مع تعذرها فى تلك الحالة ، فالزام هذين المتعذرين لمن نفى التكليف يقتضى أن مدرك العدم إنما هو التعذر ، وإذا كان هذا هو المدرك فهو مشكل ، لأن الكفار أربعة أقسام !

١ — منهم من كفر بظاهره ، وباطنه كجمهور الحربيين .

---

(١) الآية رقم ٤٣ من سورة المدثر .

(٢) أى الآيات الآمرة بالعبادة تتناولهم والكفر غير مانع لإمكان إزالته كما تتناولهم آيات الوعيد على ترك الفروع مثل (فويل للمشركين) .

٢ ـ ومنهم من آمن بظاهره وباطنه ، وكفر بعدم الإذعان للفروع ، كما حكى عن أبى طالب أنه كان يقول إنى لأعلم ماتقوله — ياابن أخى ولولا أنى أخاف أن يعيرنى نساء قريش على المغازل لاتبعتك

وفى شعره يقول :

لقد علموا أن ابننا لا مكذب لدينا ولا يعزى لقول الأباطل

فهذا تصريح باللسان واعتقاد بالجنان ، غير أنه لم يذعن ، وكذلك من يقول من الكفار : إنى لأعلم أن دين الإسلام حق ولكنى أخاف من الإسلام فوات منصب ، وميراث ، فهو معترف بلسانه وجنانه .

٣ — وكافر بباطنه دون ظاهره وهو المنافق .

٤ — وكافر بظاهره دون باطنه وهو المعاند كأحبار اليهود الذين قال الله تعالى فيهم وفى نظائرهم « وجحدوا بها واستيقنتها أنفسهم »(١)

بعد هذا التقسيم يمكن القول بالآتى :

أولا : من آمن بظاهره وباطنه ، وكذلك من آمن بظاهره فقط ، معتقدا صدق التكليف فهذا مكلف بالفروع لأن تعذر التقرب بفعله أمر يقينى بقبول .

ومثل هؤلاء من كان كفره بالفعل لا بالقول كمن يلقى منهم المصحف فى القاذورات ، أو رأى كنيسة ، مريد الكفر فيها

وكذلك من كان كفره بجحده آية من كتاب الله تعالى فقط ، أو بجحده سليمان النبى عليه الصلاة والسلام فقط

قال القرافى : كل هؤلاء هم فى الواقع يعتقدون صحة الفروع ، فلا يتعذر منهم التقرب بالفروع ، فلا يتجه التعليل بتعذر التقرب ، ويضاف إلى ذلك لأنه حتى

---

(١) الآية رقم ١٤ من سورة النمل .

بالنسبة لمن كفر بظاهره وباطنه لا يتعذر عليه التقرب بالفروع كلها لأن من الفروع ما اجتمعت الشرائع عليه نحو الكليات الخمس وهي : حفظ الدماء ، والأعراض والأنساب ، والعقول ، والأموال ، وأنواع الاحسان[1] ، كاطعام الجوعان ، وكسوة العريان ، وغير ذلك مما لم تختلف فيه الشرائع ، فيصح منه التقرب به عادة ، بناء على اعتقاده إياه من دينه ، وإن كفر بديننا[2] .

الدليل على أن الكفار مخاطبون بفروع الشريعة جملة : استدل القرافي على أن الكفار مخاطبون من حيث الجملة بالكتاب والمعقول فقال :

وأما حجة الخطاب من حيث الجملة فقوله تعالى : « ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا[3] » .

وجه الاستدلال : قال القرافي : الخطاب عام فيدخل في عمومه الكافر ويكون الكفار مأمورين بالحج وإذا تناولهم الأمر تناولهم النهي ، لأن كل من قال بالأمر قال بالنهي ، بخلاف العكس .

كذلك يحتج على ما ذكر بقوله تعالى : « ويل للمشركين الذين لا يأتون الزكاة » وبقوله تعالى : « والذين لا يدعون مع الله إلهاً آخر ، ولا يقتلون النفس التي حرم الله إلا بالحق ، ولا يزنون ، ومن يفعل ذلك يلق أثاما[4] » .

ووجه الاستدلال : أن الله توعد المشركين بالعذاب لعدم إتيانهم الزكاة كما

---

(١) راجع شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول للامام القرافي ص ١٦٣ - ١٦٤ .

(٢) المصدر السابق .

(٣) الآية رقم ٩٧ من سورة آل عمران .

(٤) الآية رقم ٦٨ من سورة الفرقان .

توعد بالعذاب كل من يشرك به سبحانه وتعالى ويعتدى على نفس حرم الله الاعتداء عليها ووعد من يمتنع عن الشرك ، والاعتداء على النفس المحرم الاعتداء عليها وللممتنع عن الزنا بالخير والثواب . وهذا عام يدل على ذلك قوله تعالى « ومن يفعل ذلك » فلفظ «من» من ألفاظ العموم فيكون القتل ، والزنا يعاقب عليهما كما يعاقب على دعوى الإله مع الله تعالى ، ولولا أن الكافر مخاطب بفروع الشرائع وإلا لما انتظم هذا الكلام (١) .

حجة من يرى أن الكفار غير مخاطبين بالفروع : قال القرافى :

وحجة عدم الخطاب أنه لو أمر بالفروع لأمر بها..أما حالة الكفر وهو خلاف الإجماع فإن الأمة مجمعة على أنه لا يقال ؟ صل وأنت كافر ، وأما بعد الكفر وهو أيضا خلاف الإجماع لقوله ﷺ : « الإسلام يجب ما قبله » ...

الجواب : قال القرافى :

وجواب هذه النكتة أن زمن الكفر ظرف للتكليف لا لوقوع المكلف به .

كما تقول : المحدث مأمور بالصلاة إجماعا ، ومعناه أن زمن الحدث ظرف للخطاب بالصلاة ، والتكليف بها ، لا لإيقاع الصلاة ، فلا تقول للمحدث صل وأنت محدث ، بل يجب عليك أن تزيل الحدث وتصلى ، وأنت الآن مكلف بذلك .

كذلك تقول للكافر : أنت الآن مكلف بإزالة الكفر ، ثم إيقاع الفروع ، لأنك مكلف بإيقاع الفروع فى زمن الكفر ، فزمن الكفر ظرف للتكليف لا لوقوع للمكلف به .

فقول المعترض على ذلك بأن تكليف الكافر بالفروع يلزم عليه إما أن يكلف بها حال الكفر أو بعده وهذا مخالف للإجماع..هذا القول قول مردود لأن

---

(١) شرح تنقيح الفصول فى اختصار المحصول ص١٦٣ - ١٦٤

حالة الكفر حالة لا يصح من الكافر أداء الفروع فيها ونحن لم نقل بأنه يؤديها وهو كافر بل قلنا إنه مخاطب بالإيمان عليه أن يحصله ومخاطب بأداء الفروع بعد إزالة حالة الكفر عنه .

كذلك لم نقل بوجوب الأداء بعد الإيمان على أن الحديث الشريف الذى احتج به وهو قوله ﷺ « الإسلام يجب ما قبله » هو حجة عليه لا له ، لأن الجب معناه القطع ، وإنما يقطع ما كان متصلا ، فهذا يدل على أنه لولا القاطع لا اتصل التكليف وبقى مستمراً .

وإذا قيل لنا ما هو فائدة التكليف بالفروع طالما لا يجب على الكافر أداؤها حال كفره ، نجيب عن ذلك فنقول .

إن فائدة التكليف هو مضاعفة العذاب فى الآخرة ، لا الوجوب قبل الايمان ولا بعده . فيعذب الكافر عذابين .

أحدهما : وهو الأعظم لأجل الكفر .

والثانى : للفروع وهذا يتأتى إذا قلنا بتقدم التكليف فى الدنيا . أما عقابه فى الآخرة من غير تقديم تكليف فغير معقول .

كذلك يلزم من تكليفه بالفروع الاحسان إليه بأمره بفعل الخيرات من الصدقات وأنواع البر وفعل هذه الأمور ربما يكون سبباً فى تيسير إسلامه استنباطاً من قوله ﷺ « إن المؤمن يختم له بالكفر بسبب كثرة ذنوبه » فيناسب أن يختم للكافر بالايمان بسبب كثرة إحسانه وحسناته [1] .

---

(١) المرجع السابق ص ١٦٥ - ١٦٧

رأى القاضى عبد الوهاب : قال القاضى عبد الوهاب فى الملخص :

الخلاف فى هذه المسألة فى فصلين :

أحدهما : ان العموم هل هو صالح لتناول الكافر كتناوله المسلم ؟ وهذا على خلاف .

الثانى : هل الكفار يتناولهم التكليف بالفروع أم لا . وهذا على خلاف كبير فمن العلماء من فرق بين المرتد وغيره فالمرتد يخاطب بالفروع ، أما غير المرتد فلا يخاطب بها . ومنهم من فرق بين الخطاب الآمر والخطاب الناهى . فالأول مكلفون بها أما النواهى فلا[1] .

ومن العلماء من يرى أن الكفار مكلفون بفروع الشريعة عدا وجوب الجهاد عليهم بعدم حصول مصلحته من الكافر ، ولأن الله تعالى ذكر الجهاد بصيغة لا يندرج تحتها الكافر فقال تعالى « يا أيها النبي جاهد الكفار والمنافقين[2] » وقال جل وعلا « يا أيها الذين آمنوا » وهذه الصيغ لا يندرج فيها الكفار .

والذين قالوا إن الكفار مخاطبون بفروع الشريعة كلها ومنها الجهاد ردوا الأدلة السابقة فقالوا :

ورد فى القرآن عمومات يدخل فيها الكافر والمسلم ويندرج تحتها طلب الجهاد ، ومن ذلك قوله تعالى : « وما آتاكم الرسول فخذوه[3] » وقال تعالى : « يأيها الناس اتقوا ربكم[4] » .

---

(١) المرجع السابق .
(٢) الآية رقم ٧٣ من سورة التوبة .
(٣) الآية رقم ٨ من سورة الحشر .
(٤) الآية الأولى من سورة النساء .

فالخطاب بيأيها الناس تشمل المؤمن والكافر ، ومن جملة ما أتى به الرسول الجهاد فالخطاب يندرج فيه فروع الشريعة كلها ومنها الجهاد

وأما القول بأن حصول المصلحة منتف من تكليف الكافر بالجهاد لأنه سيجاهد ضد نفسه فهذا القول غير سليم لأنه تكليف الكافر بالجهاد ليس تكليفا له به وهو كافر بل هو مكلف بأن يسلم أولا ، ثم يجاهد ، كما قلنا بالنسبة لتكليفه بالصلاة ، والحج . فإذا لم يسلم عوقب فى الآخرة على ترك الجهاد مع جملة الفروع كما يعاقب على الكفر (١) .

أقسام الفعل المحكوم فيه : وينقسم الفعل المحكوم فيه من ناحية من يضاف إليه إلى قسمين هما :

١ — فعل هو حق لله تعالى

٢ — فعل هو حق للعبد .

معنى كون الفعل حقا لله تعالى : اختلف الأصوليون فى معنى حق الله ، وحق العبد وتبعا لذلك نشأ اختلافهم فى تقسيم الفعل المحكوم فيه من حيث اجتماع الحقين وانفرادهما إلى مايلى :

معنى حق الله عند الحنفية : عرف الحنفية حق الله تعالى بأنه مايتعلق به النفع العام للعالم وحفظ النظام فيه . وقالوا :

إن نسبة الحق إلى الله تعالى إنما هى نسبة له على جهة التعظيم والاهتمام به ، ومثلوا لذلك . بأمور العبادات ، وبعض المعاملات ، والعقوبات عدا حد القذف والكفارات . وغير ذلك من الأمور التى قصد بها تحقيق مصلحة المجتمع ، من غير نظر إلى مصلحة فرد معين ، ولذا نسب هذا الحق إلى رب العالمين جميعهم .

---

(١) شرح تنقيح الفصول فى اختصار المحصول فى الأصول للإمام القرافى ص ١٦٣ — ١٦٤ .

قال صاحب المرآة : حقوق الله تعالى الخالصة هى ما يتعلق بها النفع العام للعالم من غير اختصاص بأحد فينسب إلى الله تعالى لعظم خطره . وشمـــول نفعه[١] ، وبذلك لايخرج عن هذا الحق إلا ما كان لمصلحة دنيوية خالصة .

وعرف الحنفية حق العبد بأنه مايتعلق به مصلحة خاصة دنيوية كحرمة مال الغير فإن اذن الشارع فيه للمضطر لايسقط حق العبد لأنه خالص حقه فحق العبد هو المصلحة الدنيوية الخالصة وعلى هذا قسم الحنفية الحقوق إلى أربعة أقسام : حق لله ، وحق للعبد ، وحق مشترك يغلب فيه حق الله وآخر مشترك يغلب فيه حق العبد[٢] .

رأى الشاطبي : يرى الشاطبي أن كل حكم شرعى فيه حق لله وهو جهة التعبد فى الفعل وفيه حق للعبد وهو ماروعيت فيه مصلحة دنيوية كانت أو أخروية ، وسواء أكانت المصلحة نفعا عاما أم خاصا بالفرد نفسه .

أما ماأفاد ظاهره أنه حق خالص فإنما جاء على تغليب حق العبد فى الأحكام الدنيوية إذ من حق الله على عباده امتثال أوامره ، واجتناب نواهيه . وتغليب حق الله فى الأمور التعبدية التى شرعت لتكون عبادة لله إلا أنها مع ذلك تفيد العبد من ناحية تهذيب خلقه وترويضه على الطاعة وحب الخير وفى هذا مايعود على المجتمع كله بالخير فالحقان متلازمان فى كل عمل ، غاية الأمر أنه قد يغلب أحدهما

وخلاصة رأى الشاطبي أن الأفعال المحكوم فيها تقوم على التعبد الروحى

---

(١) مرآة الأصول فى شرح مرقاة الوصول ص ٣١٢ للعلامة ملاخسرو وطبع دار الطباعة العامرة فى أواسط محرم الحرام سنة ١٢٨٢ ه بالقاهرة .

(٢) مسلم الثبوت ج١ ص ١٣٢ تيسير التحرير ج٢ ص١٤٨-١٤٩ الاسنوى على المنهاج ج١ ص ١٢٣ جمع الجوامع ج١ ص ٢٥٢ - وراجع مرآة الاصول فى شرح مرقاة الوصول ص ٣١٤ طبع سنة ١٢٨٢هبدار الطباعة العامرة بالقاهرة.

وعلى المعنى المادى النافع الأفراد أو الجماعة لاتختلف فى ذلك أحكام العادات عن أحكام العبادات إلا من ناحية التغليب[1] فهو يرى أن حق الله هو عبادته بامتثال أوامره واجتناب نواهيه — أما حق العبد فهو مافيه مصلحة العباد فى الدنيا والآخرة فالحقـــوق التى تتعلق بأفعال المكلفين جميعا هى عند الشاطبى حق لله وحق للعبد .

أنواع حق الله الخالص عند الحنفية : يمتاز حق الله الخالص بأنه نفع عام لا يملك أحد إسقاطه وينحصر هذا الحق فى ثمانية أنواع هى :

١ — عبادة خالصة : وينحصر هذا النوع فى الإيمان بالله ، ومايتفرع عليه من سائر العبادات كالصلاة والجهاد والصوم والحج والزكاة فإنها لاتصير حقـــا للفقير إلا بعد صرفها إليه وإنما هى قبل صرفها إليه حق لله ولكونها عبادة خالصة لاتجب فى مال الصبى والمجنون عند الحنفية — ولكون كل ماتقدم عبادة مت فيها النية .

٢ — عبادة فيها معنى المؤونة (والمؤونة مايجب على المرء بسبب الغير كصدقة الفطر أو بسبب حاجة كالنفقة) وحصرها بعض الحنفية فى صدقة الفطر باعتبارها عبادة تتوقف على النية ، ويتعلق وجوبها بالوقت وتصرف فى مصاريف الصدقات وباعتبار مافيها من مؤونة لم يشترط الحنفيه لوجوبها كمال الاهلية وأوجبوها على الشخص بسبب غيره ممن فى ولايته كالخدم والأولاد وجعل الشافعية الزكاة من هذا النوع فالزكاة عندهم عبادة فيها معنى المؤنة .

وقالوا : إن حق الفقير فى الزكاة ثابت فيها من قبل صرفها إليه ، ولهذا تجب فى مال الصبى والمجنون عندهم وعند المالكية .

٣ — مؤنة فيها معنى العبادة : وهى العشور التى تجب فيما تنبته الارض إذ

---

(١) راجع أصول الفقة لمحمد سلام مدكور ص ٧٠

فيها معنى العبادة لأنه زكاة عن الخارج من الارض فيصرف فى مصارف الزكاة ولما فيها من معنى العبادة لم تطالب من غير المسلم ابتداء وإنما يلزمه الخراج .

٤ — مؤنة فيها معنى العقوبة : وهو الخراج فهو مؤنة من ناحية أن به دوام الأرض فى يد أصحابها وحمايتها من العدوان ، وعقوبة لما فيها من الانقطاع عن الجهاد بسبب استثمار الارض ولذا فإنها لاتجب ابتداء على المسلم ، وإنما يبقى فى الأرض التى تنتقل إليه من غير المسلم إذ اعتبار المؤنة فيه أقوى .

٥ — عقوبة كاملة : كالتعزيرات والحدود غير حد القذف لأنها كلها من حق الله تعالى لقيام المصالح العام ولا تسقط بإسقاط أحد .

٦ — عقوبة قاصرة : كحرمان القاتل من الميراث والوصية فالقاتل وإن حرم من ميراث أو وصية من قتله وأنه بذلك فقد مالا جديدا يدخل إلى ملكه لكنه فى الواقع لم يفقد شيئا مما يملكه وهذا وجه كون العقوبة قاصرة .

ولما كان الحرمان عقوبة لمن باشر القتل بنفسه لم يثبت فى حق الصبى لان فعله لا يوصف بالحظر والجزاء يستدعى ارتكاب المحظور ، وإنما كان حقا خالصاً لله لانه ليس فيه نفع للمقتول ولا لأحد .

٧ — حقوق دائرة بين العبادة والعقوبة : وهى الكفارات فهى فى معنى العقوبة لانها وجبت جزاء على مخالفة ، وهى فى معنى العبادة لانها تتأدى بما هو عبادة .

حق قائم بنفسه : وهو خمس الغنائم ومعنى كونه قائما بنفسه أنه ثابت بذاته من غير أن يتعلق بذمة أحد يؤديه بطريق الطاعة ، وإنما هو حق ثابت لله تعالى بحكم ألوهيته ، ولما كان الجهاد حقا خالصا لله فصار ما يأتى عن طريقه حقاً خالصاً له وكذلك الخمس الواجب فى الركاز والكنوز .

الثانى : حق العبد الخالص : حق العبد الخالص أكثر من أن يحصى لأنه

يتناول عند الحنفية كل ماشرع لمصلحة دنيوية خاصة بالفرد كحق الدية ، وبدل المتلف والمغصوب ، وحق الشفعة ، وحق المشترى فى تملك المبيع والبائع فى تملك الثمن وحق كل من الزوجين قبل الآخر .

الثالث : ما اجتمع فيه الحقان وحق الله غالب وهو حد القذف فإنه لمافيه من زجر يعود نفعه على العامة كان فيه حق الله ، ولما فيه من دفع العار عن المقذوف كان فيه حق العبد وغلب حق الله هنا ، لأن الحد وجب بالقذف بالزنى للآخر وحرمة الزنى خالصة لله تعالى فلزم أن يكون الحد حقه سبحانه وتعالى بالكامل .

ولكن لمراعاة أن بالقذف هتك عرض المقذوف صار حق العبد مرعيا فى هذا الحد(١) .

الرابع : ما اجتمع فيه الحقان وحق العبد غالب وهو القصاص فإن فيه حق الله تعالى لأنه يسقط بالشبهات كالحدود الخالصة ، وأنه يجب جزاء الفعل ولذا تقتل الجماعة بالواحد ، وأجزية الأفعال تجب حقاً لله تعالى . ولكن حق العبد هنا راجح لما أن وجوبه بطريق المماثلة ، وفيه معنى المقابلة بالمحل من هذا الوجه ، فعلم أن حق العبد فيه راجح وإليه أشار قوله تعالى : « ولكم فى القصاص حياة » ولذا يستوى فيه الولى ويجرى فيه الإرث ويصح الاعتياض ، والعفو عنه بالإجماع .

رأى القرافى : قسم القرافى الحقوق إلى حق لله تعالى وحق للعبد وقسم اجتمع فيه الحقان ، واختلف العلماء فى أى الحقين أرجح من الحق الآخر فقد جاء فى اختصار المحصول فى الأصول :

---

(١) راجع المرآة على المرقاة للاخسروص ٣١٣ .

« لحق الله تعالى أمره ونهيه ، وحق العبد مصالحه ، والتكاليف على ثلاثة أقسام : حق لله تعالى فقط كالإيمان ، وحق العبد فقط كالديون والأثمان ، وقسم اختلف فيه هل يغلب حق الله تعالى ، أو حق العبد كحد القذف ؟ ومعنى حق العبد المحض أنه لو أسقطه لسقط ، وإلا فما من حق للعبد إلا فيه حق لله تعالى وهو أمره تعالى بإيصال ذلك الحق إلى مستحقيه .

وفسر القرافى ماجاء فى المختصر فقال : هـــذا هو تفسير الحقوق باعتبار اصطلاح العلماء ، فإذا قالوا : الصلاة حق لله تعالى إنما يريدون أنه أوجبها ولم يريدوا صورة الفعل ، وقد ورد فى الحديث الصحيح مايردهذا وهو « أن السائل سأل رسول الله ﷺ فقال : ماحق الله على عباده ، فقال رسول الله ﷺ : « أن يعبدوه ولا يشركوا به شيئاً ، قال : فما حق العباد على الله ؟ قال ﷺ : « إذا فعلوا ذلك أن لا يعذبهم » ففسر حق الله تعالى بفعلهم لا بأمره تعالى بذلك الفعل . فقال : أن يعبدوه ، فيحتمل أن يكون أراد عليه الصلاة والسلام العبادة من حيث هى مأمور بها وهو الظاهر ، لأن الفعل لو وقع ولم يقصد به هذا لم يكن عبادة ، فلا بد فى العبادة أن يقصد بها أمر الله تعالى وامتثاله ، ويحتمل أن يكون حذف الأمر وهو مراده وتقديره حقه تعالى أمره بأن يعبدوه ولا يشركوا به شيئا ا لحذف الأمر وحرف الجر ، أو يكون عبر بالعبادة عن المتعلق بها وهو الأمر مجازا لا لأنه حذف الأمر .

واختلف العلماء فى حد القذف : فقيل : هو حق للعبد ؛ لأنه جناية على عرضه .

وقيل : حق لله تعالى : كما نقول فى الأعضاء إن حفظها هو حق لله تعالى ، كذلك الأعراض ، ولو أذن أحد فى عضو من أعضائه لم يصح إذنه .

والقول الثالث : هو الفرق بين أن يصل إلى الإمام فيغلب حق الله تعالى

لو صوله لنائبه ، وإن لم يصل إلى الإمام كان حقاً للعبد فيصح إسقاطه(١) .

حقوق الله وما يسمى فى القانون بالنظام العام : قال أبو اسحاق الشاطبى رحمه الله :

كل ما كان من حقوق الله تعالى فلا خيرة فيه للمكلف على حال ! وأما ما كان من حق العبد فى نفسه فله فيه الخيرة .

أما حقوق الله تعالى فالدلائل على أنها غير ساقطة ، ولا ترجع إلى اختيار المكلف كثيرة . وأعلاها الاستقراء التام فى موارد الشريعة ومصادرها ، كالطهارة على أنواعها ، والصلاة ، والزكاة ، والصيام ، والحج ، والأمر بالمعروف ، والنهى عن المنكر ، الذى أعلاه الجهاد .

وما يتعلق بذلك من الكفارات والمعاملات ؛ لأنه نهى عن المنكر ، بل عن أنكر المنكرات . وتغيير له باليد فإن الجهاد شرع لتكون كلمة الله هى العليا فمن وقف فى طريق ذلك حق على المسلمين حربه حتى يذعن ويترك العناد .

والأكل والشرب ، واللباس وغير ذلك من العبادات والعادات التى ثبت فيها حق الله تعالى ، أو حق الغير من العباد(٢) .

وكذلك الجنايات كلها على هذا الوزان جميعها لا يصح إسقاط حق الله تعالى فيها البتة . فلو طمع أحد فى أن يسقط طهارة للصلاة أى طهارة كانت . أو صلاة

---

(١) شرح تنقيح الفصول فى اختصار المحصول فى الأصول للإمام الكبير القرافى ص ٩٥ تحقيق الأستاذ طه عبد الرؤوف سعد ونشر مكتبة الكليات الأزهرية بالقاهرة .

(٢) الموافقات للشاطبى ج ص ٣٧٦ — ٣٧٨ .

من الصلوات المفروضات، أو زكاة، أو صوما، أو حجا أو غير ذلك، لم يكن له ذلك، وبقي مطلوبا بها أبدا حتى يتقصى عن عهدتها.

وكذلك لو حاول استحلال مأكول حرم مثلا من غير زكاة، أو إباحة ما حرم الشارع من ذلك، أو استحلال نكاح بغير ولي أو صداق، أو الربا أو سائر البيوع الفاسدة، أو إسقاط حد الزنى أو الخمر أو الحرابة، أو الأخذ بالغرم والأداء على الغير بمجرد الدعوى عليه، وأشباه ذلك لم يصح شيء منه، وهو ظاهر جداً في مجموع الشريعة، حتى إذا كان الحكم دائراً بين حق الله وحق العبد لم يصح للعبد إسقاط حقه إذا أدى إلى إسقاط حق الله.

تفويت الحياة ممنوع شرعا: قد يعترض ويقال مثلا: إن حق العبد ثابت له في حياته، وكمال جسمه وعقله، وبقاء ماله في يده، فاذا أسقط ذلك بأن سلط يد الغير عليه فاما أن يقال بجواز ذلك له أو لا:

فإن كان الجواب بأنه لا يجوز له ذلك وهذا الجواب هو الفقه فإنه قد يعترض على هذا الجواب بأن الحياة وكمال الجسم والعقل ملك لصاحبها وحق له والإنسان حر في التصرف في حقوقه.

ولكن الجواب الصحيح أن الشرع نهى عن قتل النفس فقد قال تعالى: «ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما» ثم توعد من أضاع ماله وقال: «لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل» وإحياء النفوس وكمال العقول والأجسام من حق الله تعالى في العباد لا من حقوق العباد، وكون ذلك لم يجعل إلى اختيارهم هو الدليل على ذلك، فإذا أكمل الله تعالى على عبد حياته وجسمه وعقله التي به يحصل ما طلب به من القيام بما كلف به فلا يصح للعبد إسقاطه.

اللهم إلا أن يبتلى المكلف بشيء من ذلك من غير كسبه ولا تسببه وفات

بسباب ذلك نفسه أو عقله أو عضو من أعضائه، فهناك يتمحض حق العبد إذ ماوقع لا يمكن رفعه، فله الخيرة فيمن تعدى عليه، لأنه قد صار مستوفى فى الغير كدين من الديون، فان شاء استوفاه، وإن شاء تركه وتركه هو الأولى قال تعالى (ولمن صبر وغفر إن ذلك لمن عزم الأمور) وقال: (فمن عفا وأصلح فأجره على الله) فالقصاص والدية إنما هى جبر لما فات المجنى عليه من مصالح نفسه أو جسده، فان حق الله قد فات، ولا جبر له.

وكذلك ما وقع مما يمكن رفعه كالأمراض إذا كان التطبيب غير واجب، ودفع الظالم عنك غير واجب على تفصيل مذكور فى الفقهيات.

تحليل الحرام وتحريم الحلال هما حق لله تعالى : وقال الشاطبى : وأما تحريم الحلال، وتحليل الحرام وما أشبهه فمن حق الله تعالى، لأنه تشريع مبتدأ، وإنشاء كلية شرعية ألزمها العباد فليس لهم فيها تحكم، إذ ليس للعقول تحسين ولا تقبيح تحلل به أو تحرم : فهو مجرد تعد فيما ليس لغير الله فيه نصيب، فلذلك لم يكن لأحد فيه خيرة.

فان قيل : قد تقدم أيضا أن كل حق للعبد لا بد فيه من تعلق حق الله به، فلا شىء من حقوق العباد إلا وفيه لله حق، فيقتضى أن ليس للعبد إسقاطه، فلا يبقى بعد هذا التقرير حق واحد يكون العبد فيه مخيرا، فقسم العبد إذا ذاهب ؟؟.

ولم يبق إلا قسم واحد.

والجواب : أن هذا القسم الواحد هو المنقسم ، لأن ماهو حق للعبد إنما يثبت كونه حقا له بإثبات الشرع له ذلك ، لابكونه مستحقا لذلك بحكم الأصل ، وقد تقدم بيان ذلك ، وإذا كان كذلك فمن هنا ثبت للعبد حق ولله حق . فأما ماهو لله صرفاً فلا مقال للعبد فيه[1] .

(١) المرجع السابق .

المحـــكوم عليه

يقصد بالمحكوم عليه هنا بأنه من تعلق خطاب الله سبحانه وتعالى بفعله وهو المكلف ـ أى الإنسان المركب من الروح والبدن .

شروط التكليف : المقصود من التكليف هو حصول الامتثال من المكلف ، ذلك بقدرته على إيقاع ما كلف به ، والإتيان به على جهة الطاعة .

ولما كانت بعض الأفعال ، لا تدخل تحت قدرة المكلف كما أن من العبادات من لا يستطيع القيام بما كلف به لعجز أو قصور ، كان من حكمة الشارع الخبير بأحوال الناس أن وضع شروطا للفعل الذى يصح التكليف به ، ووضع شروطا الشخص الذى يصح أن يكون مكلفا .

الشروط الواجب توافرها فى المحكوم عليه : لايكون المحكوم عليه مكلفا إلا إذا ثبتت أهليته لما كلف به . وهذه الأهلية إنما تكون بالقدرة على فهم الخطاب الذى توجه إليه ، وتصوره بالقدر الذى يتوقف عليه الامتثال ، والامتثال هو « أن يقصد إيقاع الفعل المأمور به على سبيل الطاعة » .

فالمقصود من التكليف بالفعل هو حصول الفعل من المكلف بقصد الامتثال ومن لاقدرة له على الفهم ، لايتصور منه ذلك .

وهذه القدرة على الفهم لاتكون إلا بالعقل ، إذ بدونه لايفهم الشخص الخطاب ، ولا يتأتى بدونه العمل بما كلف به .

ماهو العقل ؟ يطلق العقل على معان كثيرة ، والمختار فى تحديده هو أنه قوة للنفس بها تكتسب العلوم .

والمراد بالقوة أى مابه يصير الشيء فاعلا أو منفعلا ـ والمقصود (بالنفس) هى النفس الناطقة المسماة بالروح .

والمراد « بالعلوم » هى النظريات ، واكتسابها أى تحصيلها من الضروريات أو من النظريات المنتهية إليها .

والعقل قوتان :

إحداهما : مبدأ الإدراك وهو باعتبار تأثرها عما فوقها مستكملة فى ذاتها وتسمى عقلا نظريا .

الثانية : مبدأ الفعل وهى باعتبار تأثيرها فى البدن مكملة له وتسمى عقلا عمليا وللقوة النظارية فى تصرفها فى الضروريات ، وترتيبها لاكتساب الكمالات أربع مراتب هى :

(ا) العقل الهيولانى : وهى حالة النفس فى مبدأ الفطرة حيث تكون خالية من العلوم قابلة لها . كاستعداد الطفل للكتابة مثلا[1] .

(ب) العقل بالملكة : وهى مرحلة تدرك فيها النفس الضروريات ، و تستعد لتحصيل النظريات كاستعداد الأمى لتعلم الكتابة .

(حـ) العقل بالفعل : وهى مرحلة تحصل فيها النفس إدراك النظريات ، ويكون لديها القدرة على استحضارها متى شاءت من غير تجشم كسب جديد فتسمى هذه المرحلة بمرحلة العقل بالفعل لشدة قرب العقل من الفعل ، كاستعداد القادر على الكتابة الذى لا يكتب وله أن يكتب متى شاء .

(د) العقل المستفاد وهو العقل فى مرحلة تحصيل النفس للنظريات وحضور

---

(١) راجع مرآة الأصول شرح مرقاة الوصول للملاخسرو ص ٣١٨ - ٣١٩ .

هذه النظريات ومشاهدتها وهذه المرحلة سميت بذلك لاستفادة هذه القوة من الفياض . وهذه المرتبة هي مناط التكليف إذ بها يرتفع الإنسان عن درجة البهائم ويشرق عليه نور العقل بحيث يتجاوز إدراك المحسوسات(١) .

كيف يعرف وجود العقل في الإنسان ؟ يعرف كون الشخص عاقلا بما يصدر عنه من أقوال ، وأفعال ، فإن كانت على سنن واحد ، وجارية على مألوف الناس وعاداتهم حكم بكونه عاقلا . .

ومما لا شك فيه أن مراتب العقل تتفاوت بين أجناس البشر تفاوتا يتعذر معه الوقوف على المرتبة التي يصح أن تعتبر مناطا للتكليف ، فهي مرتبة يتعذر لخفائها الوقوف عليها ، ولا تدرك إلا بعد تجربة وتكليف عظيم ، ولهذا أقام الشارع — البلوغ — الذي تعتدل لديه العقول في الأعم الأغلب مقام اعتدال العقل حقيقة تيسيراً على العباد ، ورفعا للحرج عنهم من باب إقامة السبب الظاهر مقام حكمه ، كما في السفر ، والمشقة . فأقيم البلوغ مقام العقل بالملكة .

ويدل لذلك قوله ﷺ «رفع القلم عن ثلاث ، عن الصبي حتى يحتلم ، والمجنون حتى يفيق ، والنائم حتى يستيقظ» . وبناء على ذلك لا يجوز تكليف الغافل كالساهي والنائم ، والسكران غير المتعدي بسكره ، لأنه المانع من صحة التكليف ، راجع لنفس المأمور ، وأنه لا يفهم الخطاب ، ولا يخطر له على بال ، فلا يتأتى الابتلاء فكان عبثا لا فائدة فيه ، وتكليفاً محالا لا يجوز عقلا صدوره من حكيم عليم ، كما أنه لا تكليف على المجنون أو الصبي الذي لم يصل إلى حد البلوغ سواء كان مميزاً ، أم غير مميز لانعدام شرط التكليف وهو العقل .

وسبق أن بينا أن الرأي المعتد به هو أن العقل ليس بحاكم ، بل هو مبين في البعض ، وأنه ليس معتبراً كل الاعتبار في مواجب التكاليف(٢) لكنه شرط في التكليف ، فالتكليف موقوف على أهلية المكلف ، والأهلية موقوفة على

(١ ، ٢) المرجع السابق ص ٣١٠ — ٣١٩ .

العقل بالملكة كما يرى ذلك علماء الحنفية[1] ، أما المعتزلة فيرون أن العقل وحده كاف للحكم أى لأن يكون حكماً عليا ولا حاجة إلى خطاب الشارع . وقد سبق بيان ذلك عند الكلام على من هو الحاكم .

الأهليـــة

بعد أن ثبت أنه لابد فى المحكوم عليه من أهليته للحكم ، وإنها لا تثبت إلا بالعقل نحدد فيما يأتى معنى الأهلية وأنواعها وشروطها ، وعوارضها فنقول :

الأهلية لغة : تطلق الأهلية فى اللغة على الصلاحية . فيقال : فلان أهل لأن يكرم ، أى صالح للتكريم ، وأهلية الانسان للشيء صلاحيته لصدور ذلك الشيء عنه ، وطلبه منه .

الأهلية اصطلاحا : الأهلية فى اصطلاح الأصوليين : هى صلاحية الشخص للإلزام والالتزام ، بمعنى أن يكون الشخص صالحا لأن تلزمه حقوق لغيره ، وتثبت له حقوق قبل غيره ، وصالحا لأن يلتزم بهذه الحقوق . فالأهلية ذات شعبتين :

الأولى : أهلية الانسان لأن تثبت له حقوق ، وأن تثبت عليه . وتسمى هذه أهلية الوجوب .

وهذا النوع من الأهلية تثبت للإنسان بمقتضى إنسانيته ، فالأصل فى ثبوتها للإنسان كونه إنسانا . فهى أهلية الإنسان وصلاحيته لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه فتتحقق فى الإنسان بمجرد وجوده سواء كان بالغا أم صبياً ، رشيداً أم غير رشيد ، ذكراً كان أم أنثى ، حراً كان أم عبداً[2] .

---

(١) مرآة الأصول شرح مرقاة الوصول لملا خسرو ص ٣١٨

(٢) يرى فقهاء الحنفية أن أهلية الوجوب عند الحر أكمل منها عند العبد ، وتستمر تلك الأهلية للإنسان إلى أن يموت . بل لقد قالوا إن أهلية الوجوب أنها مستمرة للانسان إلى أن تؤدى عنه ديونه بعد الوفاة ، وتنفيذ وصاياه .

الثانية : أهلية الإنسان لأن ينشيء التزامات على نفسه ، وتصرفات تحمل له حقوقاً قبل غيره . وتسمى هذه بأهلية الأداء ، والأصل فى ثبوتها للإنسان هو التمييز . فهى صلاحية الإنسان لصدور الفعل منه على وجه يعتد به شرعا .

وفرض الفقهاء لوجود أهلية الأداء أمراً اعتبارياً سموه « الذمة » تتعلق به الحقوق ، والواجبات ، وهو أمر اقتضته تلك الأهلية .

الذمة لغة : الذمة فى اللغة العهد .

الذمة شرعا : الذمة فى الشرع وصف يصير به الانسان أهلا لما له وعليه أى يصير الانسان أهلا لأن تجب له حقوق على غيره ، وأن تجب لغيره حقوق عليه[1] ، وذلك أن الانسان قد خص من بين سائر المخلوقات ، بوجوب أشياء له وعليه وتكاليف يؤاخذ بها ، فلابد له من خصوصية بها يصير أهلا لذلك وهذه الخصوصية هى الذمة .

فالذمة يقدر وجودها ليكون الانسان صالحا للالزام والالتزام . فالله لما خلق الانسان أكرمه بالعقل والذمة وبهما صار أهلا لوجوب الحقوق له ، وعليه فيثبت له حق العصمة والحرية[2] .

وتبدأ أهلية الأداء من سن التمييز كما يرى الحنفية فهى كما يقولون أهلية المعاملة بمعنى أن يكون الشخص صالحاً لاكتساب حقوق من تصرفاته ، وإنشاء حقوق لغيره بهذه التصرفات ، ومناط هذه الأهلية هو العقل ، فإذا كمل العقل ثبتت أهلية أداء كاملة ، وإذا نقص العقل ثبتت أهلية أداء ناقصة ، وإذا فقد العقل لم تثبت أهلية أداء مطلقا .

---

(١) راجع كشف الاسرار عن أصول فخر الاسلام البزدوى حـ ٤ ص ٢٣٧ - ٢٣٨ ومرآة الاصول شرح مرقاة الوصول لملاخسرو ص ٣١٩ - ٣٢١

(٢) راجع كشف الاسرار عن أصول البزدوى حـ ٤ ص ٢٣٧ - ٢٣٨

أما أهلية الوجوب : فتنقسم فروعها بحسب انقسام الأحكام . فالصبي أهل لبعض الاحكام ، وليس بأهل لبعضها أصلا . وهو كما يرى فقهاء الحنفية أهل لبعض الأحكام بواسطة رأى الولى ، فهذه الأهلية منقسمة نظراً إلى أفراد الاحكام ـ وأصلها واحد وهو الصلاح للحكم أى لحكم الوجوب بوجه وهو المطالبة بالواجب أداء ، وقضاء .

وأهلية الوجوب : بناء على قيام الذمة أى لا تثبت هذه الاهلية إلا بعد وجود ذمة صالحة لأن الذمة هى محل الوجوب ، ولهذا يضاف إليها ، ولا يضاف إلى غيرها ، ولهذا اختص الله الانسان بالوجوب دون سائر الحيوانات التى ليست لها ذمة .

أطوار الأهلية

تكون كل من أهلية الوجوب وأهلية الأداء إما قاصرة ، وإما كاملة وذلك تبعاً للأطوار التى يمر بها الانسان من بدء كونه جنيناً فى بطن أمه ، إلى أن يصبح له تمييز كامل ، وذلك بتمام عقله وهذه الاطوار أربعة هى :

١ — أهلية الجنين : للانسان قبل الولادة أى للجنين قبل الانفصال عن الام أهلية وجوب ناقصة فهو قبل الانفصال عن الام هو جزء منها من جهة أنه ينتقل بانتقالها ، ويقر بقرارها ، وهو مستقل بنفسه من جهة التفرد بالحياة والتهيؤ للانفصال فتكون له ذمة صالحة لوجوب الحقوق له ، كالارث والوصية، والنسب ، لا لوجوبها عليه ، حتى لو اشترى الولى له شيئاً لا يجب عليه الثمن . فالجنين أهلية الوجوب له هى أهلية ناقصة أى أهلية تجعله صالحا لأن تثبت له حقوق ولا تثبت عليه واجبات ، وحقوقه التى تثبت له هى حقوق على خطر الزوال لسببين هما :

١ — السبب الاول : أن الجنين يحتمل الحياة والبقاء فقد يولد ميتاً ، فيكون فى حكم العدم ولا يثبت له شيء من الحقوق ، وقد يولد حيا ، فتكون له

حقوق الإنسان كاملة ، وقد كان مع هذا الاحتمال لا يصلح لأن تثبت عليه حقوق مطلقا ، ولكنه لما كان موجوداً فعلا ، وإن لم تتحقق حياته الإنسانية فى ظاهر الوجود تثبت له حقوق .

٢ — السبب الثانى : أن الجنين يعتبر وهو موجود فى بطن أمه جزءاً منها إذ يتحرك بحركتها ، ويعطيه الشارع بعض ما يلحقها من أحكام فيعتق بعتقها إن كانت أمة ، لكنه جزء على استعداد للانفصال كاملا مستقلا بحياته .

فاعتبارا لهذين الوجهين : كونه جزءاً من أمه وصلاحيته للانفصال عنها وحياته مستقلا دونها أعطاه الشارع الحقوق ، ولا تجب عليه حقوق ، فيثبت له الإرث، والوصية والنسب ، ولا يكون فى هذا الطور صالحا لوجوب الحقوق عليه حتى لو اشترى له الولى شيئاً فإنه لا يجب عليه الثمن والثابت له فى هذه الحالة : أهلية وجوب قاصرة .

الطور الثانى : أهلية من يولدون (طور الطفولة)

بمجرد ولادة الجنين تثبت للمولود أهلية وجوب كاملة سواء كان مميزاً أم غير مميز وعلى ذلك يثبت للمولودين بمجرد الولادة مايلى :

١ — تثبت لهم الذمة التى تجعلهم صالحين للالتزام التصرفات التى يقوم بها الأولياء الماليون وتكون جائزة بحكم الشرع ويتقيدون بها إذا بلغوا الرشد ولا يسوغ لهم أن يتحللوا عن أحكامها ، فإن رشدوا قبل الوفاء بهذه الالتزامات ، وجب عليهم أن يوفوا بهذه الالتزامات ، لأن التصرفات التى أوجبت هذه الالتزامات كانت باسمهم . وفى دائرة ما سوغه لهم الشارع من تصرفات .

٢ — كذلك يثبت فى مال المولود كل ما هو من مئونة المال ، فيجب فى أموالهم الخراج والعشر ، ويجب فى مالهم الزكوات عند جمهور الفقهاء ، لأن الزكاة مئونة المال ولا تحتاج إلى نية ، حتى يشترط فيها كمال العقل ـ وتجب صدقة الفطر فى مالهم على مقتضى مذهب أبي حنيفة وأبى يوسف .

٣ - كما تلزم الطفل نفقة الأقارب لشبهها بالمئونة المالية فهى ليست عبادة خالصة بل هى مئونة مالية أوجبها الشارع لتنظيم الأسرة .

٤ — ويجب فى ماله ضمان ما يتلفونه من أموال الغير لأن ذمته صالحة لوجوب كل ماهو مالى مادام ليس من قبيل العبادة ، لأن المقصود من هذا الضمان مالى تعويض المتلف فيثبت المال فى ذمته ويؤديه من ماله عنه وليه أو وصيه فذمة القاصرين كذمة الرشداء فى كل أمر لم يغلب فيه جانب العبادة ، ويكون موضوعه المال .

ولا يثبت للطفل حتى بلوغه سن التمييز أهلية أداء أصلا لجميع عقوده وتصرفاته باطلة ولو كانت تعود عليه بالنفع المحض كقبوله الهبة أو الصدقة ، وإذا ارتكب جريمة من الجرائم التى توجب الحد لا يحد ، وإذا قتل لا يقتل بل تجب الدية فى ماله .

٥ - وتجب على الصبى نفقة زوجته فهى صلة تشبه صلة الأعواض أما نفقة القريب فتجب عليه أيضاً لأنها صلة المؤن من جهة أنها تجب على الغنى كفاية لما يحتاج إليه أقاربه بمنزلة النفقة على نفسه - أما النفقة على الزوجة فإنها كما قلنا تشبه نفقة الأعواض من جهة أنها وجبت جزاء للاحتباس الراجع عليها عند الرجل ، وإنما جعلت صلة لاعوضاً محضاً ، لأنها لم تجب بعقد المعاوضة بطريق التسمية على ماهو معتبر فى الأعواض ، فلكونها صلة تسقط بمضى المدة إذا لم يوجد التزام كنفقة الأقارب ، ولكونها شبيهة بالأعواض تصير دينا بالالتزام لاتبرأ منها ذمة المدين إلا بالأداء أو الإبراء[1] .

٦ — ولا يجب عليه الأجزية والعقوبات كالقصاص والحرمان من الميراث بالقتل ، لأنه لا يصلح لحكمهما وهو المطالبة بالعقوبة ، وجزاء الفعل .

---

(١) مرآة الأصول لملاخسرو ص ٣٢٢ - ٣٢٣ وكشف الاسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوى جـ ٤ ص ٢٣٧ - ٢٣٨ .

٧ - وتجب على الصبي كما قلنا من حقوق الله تعالى ماصح أداؤه عنه كالعشر والخراج . أما مالا يصح أداؤه عنه فلا تجب عليه كالعبادات الخالصة المتعلقة بالبدن كالصلاة ، والصوم ، أو بالمال كالزكاة ، أو بالمال والبدن كالحج فانها عبادات لا تجب عليه وان وجد سببها وعلها وهو الذمة لعدم حكمها ، وهو الاداء ، إذ هو المقصود فى حقوق الله تعالى ، إذ العبادة فعل يحصل عن اختيار على سبيل التعظيم ، تحقيقاً للامتثال ، ولا يتصور ذلك من الصبي ، والعقوبات كالحدود لا تجب على الصبي فى هذه المرحلة كما لا يجب ماهو عقوبة من حقوق العباد وهو القصاص لعدم حكمه ، وهو المؤاخذة لعدم التمييز[1] .

فالطفل فى دور الصبا وهو الدور الذى يبدأ من الولادة حتى يبلغ سن التمييز وهى السابعة يثبت له أهلية وجوب كاملة بالنسبة للحقوق ولتحمل الواجبات التى يجوز للولى أداؤها بالنيابة عنه .

ولا تثبت له أهلية الاداء أصلا لضعف بنيته وقصور عقله عن فهم الخطاب فلا يطالب بأداء شيء بنفسه ، وإنما الذى يطالب بذلك وليه أو وصيه ، ولا يؤاخذ بشيء من أقواله ، ولا يصح منه تصرف من التصرفات القولية بحال من الأحوال .

أهليـــة الأداء

الطور الثالث : طور التمييز ، ويبدأ من حين بلوغ الإنسان السابعة من عمره إلى أن يبلغ الحلم ، وفى هذا الطور يصبح للإنسان نوع من التمييز ، ولكنه غير كامل نظراً لقصور العقل ، وعدم تمام نضجه ، فتثبت له أهلية وجوب كاملة ، كالصبي غير المميز ، لأنه أحسن حالا منه ، كما تثبت له أهلية أداء قاصرة ، ولهذا لم يكلف بشيء من العبادات .

أما بالنسبة لمعاملاته الدنيوية فقد قسمها فقهاء الحنفية بالنسبة إلى أحكامها ثلاثة أقسام هى :

(١) المرجع السابق .

أولها : تصرفات نافعة نفعا محضا ، وهذه التصرفات تصح من الصبي المميز ، وتنفذ ، كقبول الهبات ، وقبول الوصايا .

ثانيها : تصرفات ضارة ضرراً محضاً ، كهبته ، أو وصيته ، وطلاقه وإقراضه ماله للغير ، وهذه التصرفات تكون باطلة بطلانا غير قابل للإجازة

ومن هذه التصرفات : بيعه بغبن فاحش ، وشراؤه بغبن فاحش ، فإنه يشتمل على تبرع ، فيكون باطلا بطلانا غير قابل للإجازة .

ثالثها : تصرفات دائرة بين النفع ، والضرر ، وهذا النوع لا يبطل بطلاناً مطلقاً ، بل يكون متوقفاً على إجازة الولي ، كالبيع والشراء ، وغيرهما من تصرفات تحتمل أن تكون مفيدة أو غير مفيدة ، ولنقص عقله ضم رأى وليه إلى رأيه .

وصحة تصرفات المميز مبنية على ثبوت أصل أهلية الاداء الناقصة له ، وأما جعل تصرفاته موقوفة على إذن وليه ، فإنما كان ذلك لنقص أهلية الاداء فيه ، ولذا لا تصح تصرفاته إلا بإذن وليه فيما يحتاج إلى الإذن . ويكون إذن الولي جابراً للنقص في أهلية الاداء في هذا النوع . فإذا جبر نقص أهليته بإذن وليه له كمل النقص الذى فيه حينئذ . وكان تصرف الصبي المميز بضميمة إذن وليه . تصرفا من صاحب أهلية كاملة . . .

أما بالنسبة للعبادات وما شابهها تكون عبارة الصبي المميز سليمة صالحة لإنشائها . وإن لم تكن مطلوبة منه طلباً لازماً ، وعلى أبيه أن يعوده على أدائها . . .

قال صاحب المرآة(١)

وأما أهلية الاداء فقاصرة تبتنى عليها صحة الاداء . وكاملة يبتنى عليها

---

(١) مرآة الوصول في شرح مرقاة الوصول للعلامة ملاخسرو ص ٣٢٣ — ٣٢٤

وجوب الأداء ، وكل من أهلية الأداء القاصرة ، وأهلية الأداء الكاملة تثبت بقدرة كذلك أي القاصرة بالقاصرة والكاملة بالكاملة . وتلك القدرة القاصرة تثبت بالعقل القاصر ، والكاملة بالعقل الكامل . فأهلية الأداء القاصرة هي أهلية الصبي والمعتوه ، والأهلية الكاملة هي أهلية العاقل البالغ غير المعتوه .

فالأداء يتعلق بقدرتين هما قدرة فهم الخطاب وهي العقل ، وقدرة العمل به وهي بالبدن ، والإنسان في أول أحواله عديم القدرتين ، لكن فيه استعداد أن يوجد فيه كل واحدة شيئا فشيئا بخلق الله تعالى إلى أن تبلغ كل واحدة من القدرتين درجة الكمال . فقبل البلوغ إلى درجته كانت كل واحدة قاصرة ، كما في الصبي الغير عاقل ، أو إحداهما ، كما في المعتوه فإنه قاصر العقل كالصبي . وإن كان قوي البدن .

وقد بنى الشرع على الأهلية القاصرة صحة الأداء من غير لزوم عهدة . وبنى على الأهلية الكاملة وجوب الأداء وتوجه الخطاب ، لأن في إلزام الاداء قبل الكمال حرجا بينا لانه يحرج في الفهم بأدنى عقله ، ويثقل عليه الاداء بأدنى قدرة البدن ، والحرج منتف بقوله تعالى « وما جعل عليكم في الدين من حرج » فلم يخاطب شرعاً لأول أمره حكمة ، ولأول مايعقل ويقدر رحمة إلى أن يعتدل عقله ، وقدرة بدنه فيتيسر عليه الفهم ، والعمل به .

ثم وقت الاعتدال يتفاوت في جنس البشر على وجه يتعذر عليه الوقوف ولا يمكن إدراكه إلا بعد تجربة ، وتكلف عظيم ، لأن الشرع أقام البلوغ الذي يعتدل لديه العقل في الأغلب مقام اعتدال العقل تيسيراً ، وصار توهم وصف الكمال قبل هذا الحد ، وتوهم بقاء النقصان بعد هذا الحد ساقط الاعتبار .

والأحكام الثابتة بأهلية الاداء القاصرة أنواع : لانها حقوق الله تعالى ، أو حقوق العباد .

والاولى : إما حقوق حسنة لا تقبل القبح ، وإما قبيحة لا تتحمل الحسن ، وإما مترددة بينهما .

وحقوق العباد: إما نفع محض، أو ضرر محض أو متردد بينهما.

لحق الله تعالى سواء كان حسناً لا يحتمل غيره كالإيمان أو كان قبيحاً لا يحتمل غير القبح كالكفر أو بينهما كالصلاة ونحوها كالصوم فإنه يصح من الصبي بلا لزوم أداء[1]». وفى إسلام الصبي المميز وردته اختلاف رأى فقهاء الحنفية عن رأى كثير من الفقهاء على النحو التالى:

يرى الحنفية أن إسلام الصبي المميز هو إسلام صحيح معتد به، لأن عبارته سليمة، فإذا أسلم قبل منه إسلامه، ونزع من أبويه غير المسلمين، حتى لا يؤثرا فى دينه.

وقال الحنفية: إنه إذا أسلمت زوجة الصبي غير المميز فإنه ينتظر حتى يبلغ سن التمييز فيعرض عليه الإسلام، فإذا أسلم صح إسلامه وترتب عليه كل الاحكام التى تترتب على الإسلام من نفقة، وتوارث وغيرهما.

ردة الصبي المميز: إذا ارتد الصبي المميز فيرى أبو حنيفة، ومحمد الاعتداد بردته، ويفرق بينه وبين زوجته، ويمنع زواجه، وكل ما يترتب على الردة من آثار.

رأى أبي يوسف: خالف أبو يوسف رأى الطرفين، وقرر أن ردة الصبي المميز غير معتد بها، وفرق بينها، وبين إسلامه وقال إن إسلامه يقبل منه لأنه نفع محض له، فتصرفه نافع له فى هذه الحالة، فيعتد به - أما الردة فهى تصرف ضار ضرراً محضا فلا يعتد بها لذلك.

رأى الجمهور: مذهب الشافعى ومعه كثيرون من الفقهاء يقرر أن إسلام الصبي وردته غير معتبرين فى أحكام الدنيا. فاذا كان كافراً وأعلن إسلامه،

---

(١) المصدر السابق.

فلا التفات لإعلانه ، ويرث أباه الكافر بعد إسلامه ، ولا تبين منه امرأته المشركة ، ولا يلتفت إلى ردته أيضا ، لأنه فى صغره تابع لأبويه ، ولأن نقص عقله ولو كان مميزاً لا يمكنه من إدراك الأدلة التى يقوم عليها الاعتقاد الصحيح ، حتى يعد مسئولا عن الإيمان والردة ، ولأنه ليس من المعقول أن يكون غير مؤاخذ على أفعاله وأقواله ومع ذلك يؤاخذ على النطق بالردة ، ويصح منه الإسلام .

قال صاحب الابهاج : والصبى الذى لا يميز لو أتلف شيئا لطالبناه ببدله : فوجوب الزكوات ، والغرم ، والنفقات ليس من التكليف ، بل الاتلاف ، وملك النصاب سبب لثبوت هذه الحقوق فى ذمة الصبيان بمعنى مخاطبة الولى فى الحال بالأداء ، ومخاطبة الصبى بعد البلوغ ، وذلك غير محال ، وليس كقولك لمن لا يفهم إفهم ، فإن أهلية ثبوت الأحكام فى الذمة تستفاد من الإنسانية التى بها يستعد بقبول قوة العقل الذى به قوة فهم التكليف فى ثانى الحال ، حتى أن البهيمة لما لم يكن لها قوة فهم الخطاب بالفعل ولا بالقوة لم تتهيأ لإضافة الحكم إلى ذمتها ، بخلاف النطفة التى فى الرحم إذا ثبت لها الملك بالإرث والوصية ، والحياة غير موجودة بالفعل ، ولكن بالقوة .

وكذلك الصبى مصيره إلى العقل فصح إضافة إلى ذمته ومطالبته فى ثانى الحال ، ولم يصلح للتكليف فى الحال ...

على أن البلوغ هو مظنة كمال العقل فعلق الشارع الأمر عليها ، وإن جاز وجود الحكمة قبله بلحظة أو بعده بلحظة(١) .

الأدلة

أدلة أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله : استدل أبو حنيفة ومحمد على صحة إسلام الصبى المميز فقالا :

---

(١) الابهاج فى شرح المنهاج على منهاج الوصول تأليف شيخ الاسلام على بن عبد الكافى السبكى وولده تاج الدين عبد الوهاب بن على السبكى ج ١ ص ١٥٨ - ١٦١ .

إن إيمان الصبي المميز هو فعل وجد حقيقة وهو صادر من أهله بعد تحقق سببه ، ومتى وجد السبب وانتفى المانع تحقق المسبب فلذا يجب القول بصحة الإيمان الصادر من الصبي المميز كما لو تحقق من البالغ .

وشرح أبو حنيفة ومحمد دليلهما فقالا : إن سبب الايمان وهو الآيات الدالة على حدوث العالم سبب قد تحقق وجوده في حق الجميع ، والايمان : إقرار وتصديق ، وقد سمع من الصبي المميز إقراره بحقيقة الايمان ، وعرف منه التصديق ، لأن التصديق إنما يعرف بالاقرار عن هو عاقل مميز . وكلامنا في صبي عاقل مميز ناظر في وحدانية الله تعالى، وصحة رسالة رسوله ﷺ ، ويلزم الخصم بالحجج على وجه لا يبقى في معرفته شبهة ، فكان هذا الصبي المميز هو والبالغ سواء .

وقالا أيضا : إن أهلية الصبي المميز للإيمان ثابتة حقيقة ، لأن كلامنا في الصبي العاقل ، وهي أيضا ثابتة حكما ، لأنه اهتداء بالهدى ، وإجابة للداعي ، وقد ثبت بالنص أن الصبي من أهل أن يكون هاديا ، وداعياً لغيره إلى الهدى ، قال تعالى: « وآتيناه الحكم صبيا[1] » والمراد بالحكم في النص المذكور هو النبوة والله أعلم . ومن هنا يتبين من هذا النص أن الصبي المميز أهل لأن يكون مهتديا مجيباً للداعي بالطريق الأولى[2] .

وعلى هذا . فقد وجد سبب الإيمان ، وركنه من الصبي المميز . وبعد وجود السبب ووجود الركن من الأهل (الصبي المميز العاقل) إنما يمتنع صحة التصرف بحجر شرعي ، كما في الطلاق ، والبيع ، ولا يستقيم القول هنا بأن الصبي المميز العاقل محجور عليه بالنسبة للإسلام ، لأن الحجر عن الإيمان كفر ، إذ الايمان حسن لعينه ، لا يحتمل أن يكون قبيحا في حال ، ولهذا لم يحتمل النسخ ، والتبديل ولم يخل وجوبه وشرعيته زمان ، فلا يمكن أن يحجر الصبي عنه ويجعل الاسلام غير مشروع في حقه ، بخلاف الطلاق والبيع .

---

(١) الآية ١١٨ من سورة مريم .

(٢) كشف الأسرار عن أصول فخر الاسلام البزدوي جـ ٤ ص ٢٤٩-٢٥٢ ، تيسير التحرير جـ ٢ ص ٤١٢ .

قياس الاسلام على البيع بالنسبة للصبى قياس مردود : وقال الحنفية :

وإن القول بأن الاسلام بالنسبة للصبي المميز ، كالبيع بالنسبة لأحكام الدنيا أى أنه تصرف يحتمل النفع والضرر لأنه قد يسبب التزامات ضارة للصبى إذا أسلم ألا ترى أنه بإسلامه لا يرث من أبيه الكافر ، ولا تحل له زوجته المشركة وهكذا ... إن هذا القول مردود فانه لا ضرر ، ولا تبعة فى الايمان إلا فى لزوم أدائه ، ولزوم الأداء يحتمل الإسقاط ، لأنه يسقط بعد البلوغ بعذر الإكراه ، والنوم والاغماء ، فأسقط عنه لزوم الأداء بعذر الصبا ، أما الأداء من غير لزوم أى أداء الاسلام من غير أن يلزم بذلك الأداء لأنه لم يبلغ بعد ، فهذا أمر خال عن الضرر . بل هو نفع محض : لذا وجب القول بصحة إسلام الصبي .

وأما الاحتجاج : بأن القول بصحة إسلام الصبى المميز فيه الحاق ضرر به فى الدنيا لتضمن ذلك فساد النكاح ، وحرمان الإرث هو قول غير سليم ويرد عليه بأن حرمان الارث من الكافر ، وفساد النكاح ليس بسبب إسلام الصبى ، بل هو مضاف إلى كفر الباقى وهو متهم على الكفر ، لأن الحرمان بسبب انقطاع الولاية بينهما والفرقة بسبب إصرار الباقى على الكفر ، وإذا كان كذلك كان الاسلام نفعا محضا فيكون مشروعا فى حق الصبي المميز العاقل .

ولئن سلم ما يدعيه المدعون من إسلام الصبي المميز العاقل قد يترتب عليه ضرر له بالنسبة لبعض أحكام الدنيا مما ذكروه من حرمان إرثه من والده الكافر والتفريق بين زوجته الكافرة وبينه الخ . لئن سلم ذلك وأضفنا هذه الأحكام للإسلام فلا نسلم ان هذه الأحكام من الأحكام الأصلية المقصودة بالإيمان ، لأن الايمان يصح من غير قريب يرثه ، ولا امرأة يفسد نكاحها ، بل هو يثبته بناء على صحة الاسم ، وتحققه ، لا أن يكون مختصا به ، ومثل هذا لا يمنع صحة الايمان لأن تعرف صحة الشيء يستفاد من حكمه الأصلى ، وهو سعادة الآخرة فيما نحن فيه لا مما هو من ثمراته . ألا ترى أن الصبى لو ورث قريبه أو وهب له قريبه فقبله يعتق عليه . مع أن العتق ضرر محض . ولا يمنع شرعية

الإرث ، والهبة في حقه بهذا السبب ، لأن الحكم الأصلي للإرث ، والهبة هو ثبوت الملك بلا عوض وهو نفع محض ، فيكون مشروعا في حقه ، وإنما يثبت العتق بناء على ثبوت الملك ، لا مقصوداً بالارث والهبة ولهذا يتحقق الارث والهبة من غير عتق فلا يمتنع الارث بهذه الواسطة[1] .

والدليل على أن هذه الأحكام التي هي من ثمرات الاسلام تلزم الصبي إذا ثبتت له حكم الإيمان تبعاً لغيره ، بأن يسلم أحد أبويه حتى لو مات له مورث كافر ، أو مات مورثه المسلم وورث قريبة الذي يعتق عليه منه ، أو كانت له امرأة مشركة فإنه يثبت حرمان الإرث ، ويقع العتق ، والفرقة ، ولم يعد لزوم هذه الأحكام ضرراً في حقه لأن المنظور إليه كما قلنا هو الحكم الأصلي دون ماهو من الثمرات ، فكذا إذا أسلم هو بنفسه .

وقال الحنفية : إن القول بأنه قد يلزم ضرر يقع على الصبي العاقل المميز إذا قلنا بصحة إسلامه هو القول معارض بأن في صحة إسلامه يقع له نفع أكثر بكثير من الضرر فانه بإسلامه يصير مستحقا للإرث من أقاربه المسلمين ويتقرر نكاحه إذا كانت امرأته قد أسلمت قبله .

والقاعدة : أنه إذا تعارض النفع والضرر فانهما يتساقطان ، ويبقى بعد ذلك أن الإسلام في نفسه هو نفع محض لا يشوبه معنى الضرر .

ورد الحنفية : الحجة القائلة بأن الصبي المميز العاقل مولى عليه في مسألة إسلامه فكيف يصير وليا ومولى عليه في حكم واحد . رد الحنفية هذه الحجة فقالوا إن الصغير المميز ليس مولى عليه في الإسلام ، لأن تفسير الولاية هي أن يقدر الرجل على مباشرة التصرف على غيره ، والأب لا يملك أن يعقد عقد الاسلام على ولده ، بأن يعقده لنفسه ثم يثبت حكمه في ولده — والدليل على ذلك أنه لا يصير مسلما باسلام الجد حال عدم الأب ، ويصير مسلما باسلام الأم

---

(١) المصدر السابق .

مع وجود الأب كافراً ، ولا ولاية للأم مع الأب ، فعلم من ذلك أن ثبوت الإسلام للصغير بإسلام أحد أبويه ليس بطريق الولاية ، ولكنه يثبت تبعاً .

وقال الحنفية : إن الصبي يجوز أن يكون موليا عليه ووليا لنفسه إذا كان التصرف الذى يباشره تصرفا نافعاً له نفعا محضا ، كقبول الهبة ، فإن الأب يقبل له مايوهب له من الغير ، كما يجوز للصبى المميز أن يقبل الهبة لنفسه بنفسه ، لأن الولاية ثبتت للولى عليه نظرا للصبي ولتحقيق مصالحه ونفعه ، فلا تكون موجبة الحجر عليه فيما هو نفع محض له ، بل يثبت الأمران جميعاً لينتفع بطريقين ـ وهو فى حالة كونه أصلا بنفسه ، ليس يتبع لغيره وفى حالة كونه تبعا لغيره ليس بأصل بنفسه ، وقد يجوز أن يجتمع فى الشيء دليلان يقتضى أحدهما كونه أصلا ، والآخر كونه تبعا كالجنين يتبع الأم فى العتق والوصية ، ويصلح أصلا بنفسه ، وكالشجر يتبع الأرض فى البيع ، ويصلح أصلا بنفسه فى البيع أى يجوز أن يكون محلا للبيع أيضا ، ولكن لا يصير أصلا وتبعاً فى حالة واحدة ، فكذلك الصبى المميز العاقل لنقصان عقله يبقى تابعا للغير ، ولوجود أصل العقل فيه ، يصلح أصلا بنفسه(١) .

أدلة المانعين صحة إسلام الصبى المميز : قال الشافعى رحمه الله : إن الصغير المميز غير البالغ هو إنسان مولى فى الإسلام ، وأنه يصير مسلما بإسلام أبيه ، وأمه فلا يصلح أن يكون وليا بنفسه مثله فى ذلك مثل الصبى الذى لا يعقل والمجنون.

وشرح الشافعى حجته فقال : إن الشخص إنما يصير موليا عليه من جهة غيره ، حال عجزه عن التصرف لنفسه بنفسه ، ومتى كان قادراً فلا يجعل عليه وليا ، لكن الثابت المتفق عليه أن للصبي المميز له ولى يباشر له شئونه ، فدل ثبوت الولاية عليه على أنه عاجز ، والشيء إنما يجعل تبعا لغيره فى حكم إذا

---

(١) كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوى ح ٤ ص ٢٥٠-٢٥٢ وتيسير التحرير ج ٢ ص ٢٧١ ومرآة الوصول ص ٣٢٣ .

لم يكن أصلا بنفسه فى ذلك الحكم ، فلو صح إسلام الصبى المميز (وهو تابع لأبويه فى إسلامهما) بنفسه فانه يكون والحالة هكذا تابعا ومتبوعا فى حكم واحد، وهذا لا يجوز .

وقال الشافعى رحمه الله : إنه لا معنى لقول من يقول : إن الإسلام منفعة محضة فذلك يصح أن يقع من الصبى المميز لأن هذا القول غير مسلم به على إطلاقه فالإسلام من حيث أحكامه الدنيوية هو ملزم للمسلم بأن ينفذ هـــذه الأحكام ، ويلتزم بها وهذا أمر داير بين النفع ، والضرر ، فبالإسلام يحرم الصبى الذى أسلم من الميراث من مورثه الكافر قال ﷺ "لا يرث مسلم من كافر". كما تبين منه امرأته المشركة ، ولا يقابل من هذا أنه سيرث من المسلمين ، وتحل له المسلمة . فكان هذا التصرف منه وهو (إسلامه) شبيها بتصرفه فى البيع والشراء فلا يصح منه .

أما أحكام الآخرة فهو نفع محض فيحكم بصحته فى حق الآخرة ، لتحقق الاعتقاد عن معرفة ، وليس من ضرورة ثبوت الإسلام فى أحكام الآخرة ثبوته فى أحكام الدنيا ، لأن أحدهما ينفصل عن الآخر ، فان من اعتقل لسانه فى مرض موته ، فأسلم فى تلك الحالة ، قبل أن يعاين الأهوال ، صح إسلامه فى أحكام الآخرة ، ولا يصح فى أحكام الدنيا ، ولذا يجرى عليه أحكام الكفار ، فلا يصلى عليـــه ، ويدفن فى مقابر المشركين ، ومن أسلم بلسانه دون قلبه فهو كافر فى أحكام الآخرة ، مؤمن فى أحكام الدنيا ، ولهذا كان يجرى أحكام المسلمين على المنافقين ، فى زمن النبى ﷺ .

قال صاحب المرآة[1] : فحق الله تعالى سواء كان حسنا لا يحتمل غيره . كالإيمان ، أو كان قبيحاً لا يحتمل غير القبح ، كالكفر ، أو بينهما كالصلاة ونحوها مثل الصوم ، صح من الصبى بلا لزوم أداء

---

(١) مرآة الأصول فى شرح مرقاة الوصول العلامة ملا خسرو ص ٢٢٤-٢٢٥ من فقهاء المذهب الحنفى .

فالإيمان وفروعه فيها النفع المحض ولا يليق بالشارع الحكيم الحجر عنه ، وإنما الضرر من جهة لزوم الأداء ، وهو موضوع عن الصبي ، لأنه مما يحتمل السقوط بعد البلوغ بعذر النوم ، والإغماء ، والإكراه ، وأما نفس الأداء وصحته فنفع محض لا ضرر فيه .

فإن قيل : إن نفس الأداء أيضا يحتمل الضرر فى حق أحكام الدنيا كحرمان الميراث عن مورثه الكافر والفرقة بينه وبين زوجته المشركة .

أجيب عن ذلك بأنا لا نسلم أنهما مضافان إلى إسلام الصبي ، بل إلى كفر المورث ، والزوجة ، ولو سلم فهما من ثمرات الإسلام ، وأحكامه اللازمة منه ضمنا لا من أحكامه الأصلية الموضوع هو لها ، لظهور أن الإيمان إنما وضع لسعادة الدارين وصحة الشيء إنما تعرف من حكمه الأصلى الذى وضع هو له ، لا بما يلزمه من حيث أنه من ثمراته ، وهذا كما أن الصبى لو ورث قريبه أو وهب منه قريبه ، فقبله ، يعتق عليه مع أنه ضرر محض ، لأن الحكم الأصلي بالإرث ، والهبة هو الملك بلا عوض لا العتق الذى يترتب عليهما فى هذه الصورة .

وأما الكفر فإنه لو لم يحاسب عليه الصبى المميز العاقل وعفى عنه ، وجعل مؤمناً لصار الجهل بالله تعالى علما به ، لأن الكفر جهل بالله تعالى وصفاته ، وأحكامه على ما هى عليه ، والجهل لا يجعل علما فى حق العباد فكيف فى حق رب الأرباب .

ردة الصبى المميز العاقل : كما اختلف العلماء فى صحة إسلام الصبى المميز العاقل ، اختلفوا أيضاً فى صحة ردته على النحو التالى :

رأى أبى حنيفة ومحمد : يرى أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله أن ردة الصبى العاقل صحيحة فى أحكام الدنيا والآخرة استحساناً ، حتى لو كان أبواه مسلمين ، فارتد عن الإسلام بنفسه والعياذ بالله ، فإنه لا يجعل ذلك عفواً بعذر الصبا ، بل تبين منه امرأته المسلمة ، ويحرم هو الميراث من المسلمين

رأى أبي يوسف والشافعي : يرى أبو يوسف والشافعي رحمهما الله أن ردة الصبي العاقل ، لا يحكم بصحتها في الدنيا ، وهذا هو القياس .

أما في أحكام الآخرة فانها تصح ، وقيل لا تصح حيث نقلت في ذلك روايتان عن أبي يوسف إحداهما تقول بصحتها بالنسبة لأحكام الآخرة ، والثانية تقول بعدم صحتها . .

الأدلة

وجه قول أبي حنيفة ومحمد : استحسن أبو حنيفة ومحمد صحة ردة الصبي العاقل المميز بالنسبة لأحكام الدنيا والآخرة باعتبار أن الصبي العاقل المميز في حق الردة بمنزلة البالغ والبالغ يحكم بردته لتحققها منه ، وكونها محظورة ، لا لكونها مشروعة ، لأن الردة لا تحتمل بحال من الأحوال أن تكون عملا مشروعا .

وقال أبو حنيفة : إن الردة تصرف صدر وتحقق من الصبي العاقل كما يتحقق الإيمان منه فيثبت الحظر في حقه أي يثبت حظر الردة بالنسبة له أيضاً ، لأنها لا تحتمل أن تكون محظورة في وقت من الأوقات ، ولا في حق شخص من الأشخاص . وإذا كان أمرها كذلك فانه يجب الحكم بصحتها من الصبي العاقل ولا يمتنع ثبوتها بعد وجودها حقيقة للحجر شرعا ، فالبالغ محجور عن الردة كالصبي ، ولا يسقط حكمها بعذر الصبا لأنه لا يسقط بعد البلوغ بعذر من الأعذار ، فكذا بعذر الصبا[1] فالكفر محظور ولا يحتمل المشروعية بوجه ولا يسقط بعذر . وإنما لم يقتل الصبي إذا ارتد ، لأن وجوب القتل ليس بمجرد الارتداد بل بالمحاربة وهو ليس من أهلها كالمرأة ، ولم يقتل بعد البلوغ ، لأن اختلاف العلماء في صحة إسلامه حال الصبا صار شبهة في إسقاط القتل .

---

(١) مرآة الأصول في شرح مرقاة الوصول لملاخسرو — ص ٣٢٤ - ٣٢٥

وجه قول أبي يوسف والشافعي : قال أبو يوسف والشافعي إن ردة الصبي المميز العاقل لا يحكم بصحتها في الدنيا ، لأن الارتداد ضرر محض لا يشوبه منفعة ، ولذلك لا يصح من الصبي مثله في ذلك مثل باقي تصرفاته الضارة ضرراً محضا كإعتاق عبده ، وطلاقه امرأته ، وهبة ماله . فهذه التصرفات وما شابهها لا تصح عنه لأنها ضرر له وكل ماهو ضرر محض لا يصح عنه ولو كان يشعر بالمنفعة كالبيع فيما يتمحض ضرراً ، ويحجر عنه على وجه لا يتصور عنه زواله أولى أن لا يصح منه .

ومن المتفق عليه إنه إذا ارتد في الصبا وبلغ لا يقتل ، ولو كانت ردته صحيحة لوجب قتله بعد البلوغ .

رد الحنفية على ماقاله الشافعي : قال صاحب المرآة :

إن حصول الردة في حق الصبي المميز العاقل بمنزلة حدوثها من العاقل البالغ لأن الكفر محظور لا يحتمل المشروعية بوجه ، ولا يسقط بعذر ، وإنما لم يقتل لأن وجوب القتل ليس بمجرد الارتداد بل بالمحاربة وهو ليس من أهلها ، كالمرأة ، ولم يقتل بعد البلوغ ، لأن اختلاف العلماء في صحة إسلامه حال الصبا صار شبهة في إسقاط القتل [1].

الطور الرابع : ويبدأ هذا الطور من حين بلوغ الإنسان عاقلا وذلك بظهور علامة من علامات البلوغ ، أو بلوغ سن الخامسة عشرة على الراجح عند الفقهاء فأبو حنيفة يعتبر سن البلوغ للصبي ثمانية عشر عاما والأنثى سبعة عشر عاما وفي هذه الحالة يصبح للانسان تمييز كامل وذلك لتمام عقله ، وتمام نضجه فتثبت له أهلية أداء كاملة ، ويتوجه إليه الخطاب بالعبادات ، وبجميع التكاليف الشرعية ، ويصح عقوده ، وجميع تصرفاته ، ويؤاخذ بالتزاماته ، ويؤاخذ على كل أفعاله ، فاذا قتل اقتص منه ، وإذا زنى أقيم عليه حد الزنا ، وإذا قذف جلد ثمانين جلدة ، وتوقع عليه كل العقوبات الشرعية إذا ارتكب ما يوجبها .

---

(١) المصدر السابق .

إدارة البالغ لأمواله : بالنسبة لإدارة البالغ أمواله فلا خلاف بين الفقهاء في أنه يجب على الولي أن يسلم المال إلى مالكه متى بلغ رشيداً ، أما إذا بلغ غير رشيد فانه لا يسلمه أمواله إعمالا لقوله تعالى : « وابتلوا اليتامى ، حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم[1] » - واختلف الفقهاء في مدى منع البالغ غير رشيد من تسلمه أمواله وفي وقت انتهائه...

رأي الحنفية : يرى أبو حنيفة أن المنع يستمر حتى يبلغ الخامسة والعشرين ، فإذا بلغها سلم إليه ماله ، ولو كان سفيها ، لأنه كمل نضجه الجسمي ، والفكري ، ويتصور أن تكون جداً ، فلا حجر عليه بسفه .

أما مدى المنع عند أبي حنيفة : فقد اختلف فيه تبعا لاختلاف الرواية عنه رحمه الله فقد روى عنه أن المنع من تسليم المال للبالغ غير الرشيد ، ليس معناه أنه يجوز للولي أن يتصرف في مال من بلغ سفيها ، ولكن يستمر استيلاؤه على المال لمنع البالغ السفيه من العبث بماله ، وذلك حتى سن الخامسة والعشرين . وكانت تصرفات ولي المال في هذه الحقبة الزمنية من البلوغ حتى الخامسة والعشرين هي تصرفات حفظ وصيانة للمال . .

وهذه الرواية : عن أبي حنيفة تتفق ورأيه في عدم جواز الحجر على السفيه . أما الرواية الأخرى عن أبي حنيفة فيروى أن الإمام يرى أنه يستمر الحجر على الصغير الذي بلغ سفيها ، بحكم استصحاب الحال « حال النقص » التي كانت ثابتة في الصغر ، وعلى هذه الرواية يجوز لولي المال التصرف في مال السفيه في غير دائرة الحفظ والصيانة[2] .

رأي جمهور الفقهاء : يرى جمهور الفقهاء أن الحجر يستمر على البالغ غير رشيد

---

(١) الآية رقم ٦ من سورة النساء

(٢) راجع كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي ج ٤ ص ٢٦٣ وتيسير التحرير ج ٢ ص ٣٩٥

حتى يرشد ولو بلغ الثمانين ، لأن مناط إعطائه ماله وحق التصرف فيه هو الرشد ، لا البلوغ .

قال سعيد بن جبير ، والشعبي : إن الرجل ليأخذ بلحيته ، وما بلغ رشده . وقال الضحاك : لا يعطى اليتيم ماله وإن بلغ مائة سنة حتى يعلم منه صلاح حاله .

وقال الآمدي : اتفق العقلاء على أن شرط المكلف أن يكون عاقلا ، فاهما للتكليف ، لأن التكليف خطاب ، وخطاب من لا عقل له ، ولا فهم محال ، كالجماد ، والبهيمة . ومن وجد له أصل الفهم لأصل الخطاب ، دون تفاصيله من كونه أمرا أو نهيا ، ومقتضيا للثواب والعقاب ، ومن كون الآمر به هو الله تعالى ، وأنه واجب الطاعة ، وكون المأمور به على صفة كذا وكذا ، كالمجنون ، والصبي الذي لا يميز ، فهو بالنظر إلى فهم التفاصيل ، كالجماد ، والبهيمة بالنظر إلى فهم أصل الخطاب ، ويتعذر تكليفه أيضا ، إلا على رأي من يجوز التكليف بما لا يطاق ، لأن المقصود من التكليف كما يتوقف على فهم أصل الخطاب فهو متوقف على فهم تفاصيله .

وأما الصبي المميز وإن كان يفهم مالا يفهمه غير المميز ، غير أنه أيضا غير فاهم على الكمال ما يعرفه كامل العقل من وجود الله تعالى ، وكونه متكلما مخاطبا مكلفا بالعبادة ، ومن وجود رسول الله الصادق المبلغ عن الله تعالى ، وغير ذلك مما يتوقف عليه مقصود التكليف فنسبته إلى غير المميز ، كنسبة غير المميز إلى البهيمة . فيما يتعلق بفوات شرط التكليف ، وإن كان مقاربا لحالة البلوغ بحيث لم يبق بينه وبين البلوغ سوى لحظة واحدة ، فإنه وإن كان فهمه كفهمه الموجب لتكليفه بعد لحظة ، غير أنه لما كان العقل والفهم فيه خفيا ، وظهوره فيه على التدريج ، ولم يكن له ضابط يعرف به ، جعل له الشارع ضابطا ، وهو البلوغ . وحط عنه التكليف قبله ، تخفيفا عنه .

ودليله : قوله عليه الصلاة والسلام : « رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبي حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق » .

فان قيل : إذا كان الصبي ، والمجنون غير مكلفين ، فكيف وجبت عليهما الزكاة ، والنفقات ، والضمانات ، ؟ وكيف أمر الصبي المميز بالصلاة ؟ ؟

والجواب : إن هذه الواجبات ليست متعلقة بفعل الصبي والمجنون ، بل متعلقة بماله ، أو بذمته ، فانه أهل للذمة باعتبار إنسانيته المتهيء بها لقبول فهم الخطاب عند البلوغ ، بخلاف البهيمة ، والمتولى لأدائها الولى عنهما ، أو متعلقة بهما ، لكن بعد الإفاقة من الجنون والبلوغ ، وليس من باب التكليف فى شيء .

وأما أمر الصبي المميز بالصلاة فليس هذا الأمر من جهة الشارع ، وإنما هو من جهة الولى ، لقوله عليه الصلاة والسلام «مروهم بالصلاة ، وهم أبناء سبع» وذلك لأنه يعرف الولى ، ويفهم خطابه ، بخلاف خطاب الشارع على ما تقدم[1] .

الذمة فى رأى القرافى : يرى القرافى أن الصبى المميز لا ذمة له بل له أهلية المعاملة وقال فى بيان رأيه هذا : إن الذمة قد أشكلت معرفتها على كثير من الفقهاء ، وجماعة يعتقدون أنها أهلية المعاملة ، فاذا قلنا : زيد له ذمة معناه أنه أهل لأن يعامل وهما حقيقتان متباينتان بمعنى أنهما متغايرتان[2] :

الفرق بين الذمة وأهلية التعامل : وقال القرافى إن التقارير بين الذمة والأهلية هو أن كل واحدة من هاتين الحقيقتين بينهما عموم وخصوص وجهى فكل واحدة منهما أعم من الأخرى من وجه وأخص من وجه فالتصرف قد يوجد بدون الذمة ، والذمة توجد بدون أهلية التصرف ، ويجتمعان معا ، كالحيوان ، والأبيض ، فقد يوجد الحيوان بدون أن يكون أبيض . وقد يوجد الأبيض دون أن يكون حيوانا كالثلج ، والجير وقد يجتمعان معا كالطيور البيض .

---

(١) الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى ج ١ ص ١٣٨ - ١٣٩

(٢) الفروق للقرافى ج ٣ ص ٢٢٦ - ٢٢٨

فالصبيان المميزون يصح عندنا بيعهم وشراؤهم ويقف اللزوم فى العقد على إجازة أوليائهم .

وقال الشافعى : ـ رحمه الله ـ لا ينعقد بيعهم وشراؤهم أصـــلا ، وإن أذن الولى . . . .

وقال أبو حنيفة بيع الصبى المميز جائز بإذن الولى ، فإن عقد بغير إذن الولى وقف على إجازته .

وقال أحمد بن حنبل : إن عقد الصبى المميز ان تم بناء على اذن وليه صح وإلا فلا .

واتفق الجميع على عدم الذمة فى حقه . فهذا القسم حصل فيه أهلية التصرف عندنا وعند أبى حنيفة وابن حنبل من غير ذمة له عند الجميع .

وقد توجد الذمة بدون أهلية التصرف كالعبيد فانهم محجور عليهم لحق السادات ،وإن قلنا إنهم يملكون فلا يجوز لهم التصرف إلا باذن السادات سداً لذريعة إفساد مالهم وحق السادات متعلق به ، ولو جنوا جناية ولم يقع الحديث فيها ولا الحكم كانت متعلقة بذمته إذا عتق طولب بها بخلاف الصبى إذا بلغ لا يطالب بما تقرر فى ذمته قبل البلوغ .

وتوجد أهلية التصرف والذمة معا وذلك فى حق الحر البالغ الرشيد فان له أهلية التصرف ، وله ذمة .

وبذلك ظهر أن كل واحد من الذمة ، وأهلية التصرف أعم من الآخر من وجه وأخص من وجه فهما متغايران .

ويؤكد ذلك أن المفلس محجور عليه فى ماله الذى حازه الحاكم ليس له أن يتصرف فيه ، وله أهلية التصرف فى مال يستدينه من قوم آخرين ، أو يرثه أو يوهب له فقد اختصت أهلية التصرف ببعض الاموال . . .

وأما ذمته فثابتة بالنسبة إلى الجميع فى المالين ، فقد صارت الذمة فى هذه الصور أعم من أهلية التصرف وأهلية التصرف أخص من الذمة لحصولها فى البعض من الأموال دون البعض .

تحديد معنى الذمة . قال القرافى : إن العبارة الكاشفة عن الذمة هى : أنها معنى شرعى مقدر فى المكلف ، قابل للالتزام ، واللزوم ، وهذا المعنى جعله الشارع مسبباً على أشياء خاصه منها :

البلوغ ، ومنها ـ الرشد . فمن بلغ سفيها فلا ذمة له ! ! ومنها ترك الحجر فمتى اجتمعت هذه الشروط رتب الشرع عليها تقدير معنى فيه يقبل إلزامه بأرش الجنايات ، وأجر الإجارات ، وأثمان المعاملات ونحو ذلك من التصرفات ـ ويقبل التزامه إذا التزم أشياء ، اختياراً من قبل نفسه لزمه .

وإذا فقد شرط من هذه الشروط لم يقدر الشرع هذا المعنى القابل للإلزام والالتزام .

وهذا المعنى المقدر هو الذى تقدر فيه الأجناس المُسْلَم فيها مستقرة حتى يصح مقابلتها بالأعواض المقبوضة ناجزاً فى ثمنها ، وفيه تقدر أثمان البياعات بثمن إلى آجال بعيدة أو قريبة ، وصداقات الأنكحة والديون فى الحوالات ، والحقوق فى الضمانات وغير ذلك .

وواضح كل الوضوح أن من لا يكون هذا المعنى الشرعى مقدراً فى حقه فإنه لا يصح فى حقه شىء من الأمور فلا ينعقد فى حقه سلم ولا ثمن إلى أجل ولا حوالة ولا حمالة، ولا شىء من ذلك . . فهذا هو حقيقة الذمة .

أهلية التصرف : قال القرافى : وأما أهلية التصرف فحقيقتها عندنا هى : قبول يقدره صاحب الشرع فى المحل ، وسبب هذا القبول المقدر هو وجود التمييز ـ أما عند الشافعى فالسبب هو التمييز مع التكليف .

وهذا القبول الذى هو أهلية التصرف لا يشترط فيه عندنا (أى المالكية)

الإباحة فإن الفضولى عندنا (للمالكية) له أهلية التصرف ، وتصرفه حرام ، وللمالك عندنا إمضاء ذلك التصرف من غير تجديد عقد آخر ينفذ ذلك التصرف فدل ذلك على أن العقد المتقدم قابل للاعتبار ، وإنما تعلق به حق آدمى كتصرف العبد بغير إذن سيده .

وأهلية التصرف قد توجد فى النكاح الذى لا يثبت فى الذمم . . وأهلية التصرفات كثيرة فيما لا يثبت فى الذمة . فأهلية التصرفات أهلية ، وقبول خاص ليس فيه إلزام ولا التزام والذمة معنى مقدر فى المحل قابل لهما . فهذا هو نفس الفرق بينهما مع أن كليهما معنى مقدر فى المحل .

ووقع الفرق بين الذمة وأهلية التصرف من حيث السبب فان الذمة يشترط فيها التكليف من غير خلاف أعلمه فلا ذمة للصبى .

أما أهلية التصرف فلا يشترط فيها ذلك . فالصبى المميز له أهلية تصرف .

هل الذمة وأهلية التصرف من خطاب الوضع : قال القرافى : والذى يظهر لى وأجزم به ان الذمة وأهلية التصرف من باب خطاب الوضع دون خطاب التكليف ! وأنهما يرجعان إلى التقادير الشرعية ، والتقادير الشرعية هى إعطاء الموجود حكم المعدوم ، والمعدوم حكم الموجود ، والذمة وأهلية التصرف من القسم الثانى وهو إعطاء المعدوم حكم الموجود ، فانه لا شيء فى المحل من الصفات الموجودة كالألوان ، والطعوم ونحوهما من الصفات الموجودة ! ! وإنما هى نسبة خاصة يقدرها صاحب الشرع عند سببها موجودة ، وهى لا وجود لها بل هذا المعنى من التقدير فقط ، كما يقدر الملك فى العتق وهو معدوم . وكذلك هذه التقادير تذهب عند ذهاب أسبابها ، وتثبت عند ثبوت أسبابها[1] .

---

(١) الفروق للقرافى ج ٣ ص ٢٢٥ - ٢٣٦

عوارض الأهلية

المعنى اللغوى : العوارض جمع عارضة ، أى خصلة عارضة ، أو آفة عارضة ، من عرض له كذا ، إذا ظهر له أمر يصده عن المضى على ما كان فيه ، ومنه سميت المعارضة معارضة ، لأن كل واحد من الدليلين يقابل الآخر على وجه يمنعه عن إثبات الحكم ، ويسمى السحاب عارضاً لمنعه أثر الشمس وشعاعها ، وسميت الأمور التى لها تأثير فى تغيير الأحكام عوارض لمنعها الأحكام التى تتعلق بأهلية الوجوب ، أو أهلية الأداء عن الثبوت فهى أمور ليست من الصفات الذاتية ، كما يقال : البياض من عوارض الثلج .

ويقصد الأصوليون بقولهم عوارض الأهلية الأمور التى تطرأ على أهلية المكلف ، بالإزالة ، أو بالنقص ، أو بالتغيير .

فالأمور التى تعترض أهلية المكلف فتمنعها من بقائها على حالها ، بعضها يزيل أهلية الوجوب كالموت ، وبعضها يزيل أهلية الأداء كالنوم ، والإغماء ، وبعضها يوجب تغييراً فى بعض الأحكام ، مع بقاء أصل أهلية الوجوب والأداء كالسفر .

وهذه العوارض إما سماوية ، أو مكتسبة .

١ ـ العوارض السماوية : هى العوارض التى ليس للانسان فيها كسب أو اختيار فهى أمور تثبت من قبل صاحب الشرع بدون اختيار للعبد فيها ، ولهذا نسبت إلى السماء فإن الأمور التى لا اختيار للعبد فيها تنسب إلى السماء ، على معنى أنها أمور خارجة عن قدرة العبد نازلة من السماء ، ليس للعبد فيها اختيار واكتساب .

٢ ـ العوارض المكتسبة : وهى العوارض التى للعبد فيها اختيار باكتسابها أو ترك إزالتها ، وبيان كل من العوارض السماوية ، والمكتسبة فيما يلى :

العوارض السماوية : وهى أصناف منها :

الجنون : وهو اختلال القوة المميزة بين الأمور الحسنة ، والقبيحة المدركة للعواقب بأن لا يظهر آثارها ، وتتعطل أفعالها ، إما لنقصان جبل عليه دماغه فى أصل الخلقة ، وإما لخروج مزاج الدماغ عن الاعتدال بسبب خلط ، أو آفة ، وإما لاستيلاء الشيطان عليه ، وإلقاء الخيالات الفاسدة إليه بحيث يفزع ، ويفرح من غير ما يصلح سببا .

قال الشيخ أبو المعين رحمه الله : لا يمكن الوقوف على حقيقة الجنون إلا بعد الوقوف على حقيقة العقل ومحله وفماله .

العقل : هو معنى يمكن به الاستدلال من الشاهد على الغائب ، والاطلاع على عواقب الأمور ، والتمييز بين الخير ، والشر ، ومحله الدماغ[1] .

والمجنون لا يصح إيمانه استقلالا لانتفاء ركنه وهو العقل ، وذلك لا يكون حجراً عليه لأنه عبارة عن أن يتم الفعل بركنه ويصدر عن أهله ويقع فى محله ، فإيمان المجنون استقلالا لا يصح لعدم ركنه وهو الاعتقاد ، بخلاف إيمانه تبعاً لأحد أبويه فإنه يصح لأن الاعتقاد ليس ركناً له ولا شرطاً فإذا أسلمت امرأته عرض الإسلام على وليه .

حكمه : الجنون الممتد مزيل لأهلية الأداء بنوعيها فلا يجب عليه شىء من العبادات ولا يصح منه أى تصرف من التصرفات ، ولكنه لا ينافى أهلية الوجوب فيرث ويملك لبقاء ذمته .

قال فخر الإسلام البزدوى : وأما الجنون فانه فى القياس مسقط للعبادات كلها ، أى مانعا لوجوبها أصليا كان الجنون أو عارضا ، قليلا كان أو كثيراً

---

(١) كشف الأسرار ج ٤ ص ٢٦٣ ومرآة الأصول فى شرح مرقاة الوصول لملاخسرو ص ٢٢٣ .

قال العلامة عبد العزيز البخارى : وهذا هو قول زفر والشافعى رحمهما الله حتى قالا : لو أفاق المجنون فى بعض شهر رمضان لم يجب عليه قضاء ما مضى كالصبى إذا بلغ أو الكافر إذا أسلم فى خلال الشهر ، وكذا إذا أفاق قبل تمام يوم وليلة لم يجب عليه قضاء ما فاته من الصلوات عندهما ، وذلك لأن الجنون ينافى القدرة لأنها تحصل بقوة البدن والعقل والجنون يزيل العقل فلا يتصور فهم الخطاب والعلم به بدون العقل ، والقدرة على الأداء لا تتحقق بدون العلم ، لأن العلم أخص أوصاف القدرة فتفوت القدرة بفوته وبفوت القدرة يفوت الأداء وإذا فات الأداء عدم الوجوب إذ لا فائدة فى الوجوب بدون الأداء .

رأى أبي حنيفة وصاحبيه : استحسن أبو حنيفة وصاحباه إذا كان الجنون غير ممتد بل كان لفترة زمنية قليلة وزال أن لا يسقط هذا الجنون غير الممتد عن صاحبه قضاء مافاته من عبادات واجبة عليه ، بل يعتبر كأن هذا الجنون لم يحدث، وأنه عارض كالنوم والإغماء وقد ألحق النوم والإغماء بالنسبة لقضاء العبادات ألحقا بالعدم لأن ذلك لا يؤدى إلى الحرج على المكلف بعد زوالهما ، فجعلا كأنهما لم يوجدا أصلا فى حق إيجاب القضاء ، وإن العبادة كانت واجبة وفاتت من غير عذر .

فيلحق الجنون غير الممتد بهما أى بالنوم والإغماء بجامع أن كل واحد عذر عارض زال قبل الامتداد ، وكذا الحكم فى كل عذر عارض كالحيض ، والنفاس فى حق الصوم .

معيار الحرج فى أمور العبادات : يرى أبو حنيفة وأبو يوسف أن الحرج بالنسبة لأمور العبادات يختلف باختلاف الطاعات ، ففى الصلاة يكون الجنون ممتداً فى حق صاحبه ولا يكلف أداء العبادات فى فترته إذا زاد الجنون على يوم وليلة بساعة .

وعند محمد رحمه الله إذا زاد الجنون على يوم وليلة بصلاة أى إذا زادت الصلوات عن ست فأكثر فيكون الجنون مديدا يوجب سقوط الصلاة ، وإذا

قلت عدد الصلوات عن ست يعتبر الجنون غير مديد ، فإذا أفاق كان عليه قضاء الصلاة التي فاتته وكأن الجنون لم يحدث لعدم الحرج في طلب إعادتها منه إذا قلت الصلاة المتروكة عن ست صلوات .

وجهة نظر أبي حنيفة وأبي يوسف : اعتبر أبو حنيفة وأبو يوسف أن الحرج يتحقق إذا كثرت الصلاة ، وكثرتها يمكن ضبطها بالوقت فاذا زاد الجنون على يوم وليلة باعتبار الساعات .

أثر هذا الاختلاف : يظهر أثر هذا الاختلاف فيما إذا جن بعد طلوع الشمس ثم أفاق في اليوم الثاني قبل الزوال أو قبل دخول وقت العصر ، فعند محمد رحمه الله يجب عليه القضاء لأن الصلوات لم تصر ستا فلم يدخل الواجب في حد التكرار حقيقة .

وعند الشيخين لا قضاء عليه لأن وقت الصلوات الخمس وهو اليوم والليلة قد دخل في حد التكرار وإن لم يدخل الواجب فيه ، والوقت سبب فيقام مقام الواجب الذي هو مسببه للتيسير على المكلف بإسقاط الواجب عنه قبل صيرورته مكرراً كما أقيم السفر مقام المشقة .

ويؤيد وجهة نظر الشيخين ما روى أن ابن عمر رضي الله عنهما أغمى عليه أكثر من يوم وليلة فلم يقض الصلوات ، والمؤثر في المنصوص عليه ـ امتداد النص لا المعنى والجنون والإغماء في هذا الحكم فيلحق به دلالة .

الجنون المسقط للصوم : الجنون المسقط لصوم رمضان هو الجنون الممتد طول الشهر فلو أفاق في جزء من الشهر ليلا أو نهاراً يجب عليه القضاء وهو ظاهر الرواية .

والحكمة في عدم اعتبار التكرار بالنسبة لشهر رمضان هو أنه وظيفة السنة لا وظيفة الشهر وإن كان أداؤه في بعض السنة وهو شهر رمضان ، كالصلوات الخمس وظيفة اليوم والليلة وإن كان أداؤها في بعض الأوقات ولهذا كان رمضان

إلا رمضان كفارة لما بينهما - ولا يتحقق التكرار الموقع للحرج المدفوع شرعا إلا بمرور الشهر ، والجنون قائم بالشخص فبدخول شهر شوال يتحقق التكرار .

الزكاة : يعتبر الجنون ممتدا مسقطا للزكاة إذا استمر حولا وهذا هو الأصح لأن الزكوات تدخل فى حد التكرار بدخول السنة الثانية(١) . وأقام أبو يوسف رحمه الله أكثر الحول مقام كله عملا بالتيسير والتخفيف .

الحقوق الواجبة قبل المجنون

المجنون مؤاخذ بضمان الأفعال فى الأموال على الكمال : فالجنون لا ينافى أهلية الوجوب لأنها تثبت بالذمة والصلاحية لحكم الوجوب فائدته المقصودة منه هو استحقاق ثواب الآخرة وباحتمال الاداء والجنون لا ينافى الذمة لأنها واجبة كما قلنا باعتبار الإنسانية فهى ثابتة لكل مولود من البشر ، ولا ينافى الجنون حكم الواجب أيضا لأنه لا ينافى الإسلام إذ المجنون يبقى مسلما بعد جنونه واحتمال الأداء منه مرجو بإقامته فى الوقت وخلفه وهو القضاء متوهم بإفاقته خارج الوقت وذلك كاف فى الوجوب كما فى حالة الإغماء وبذلك يثبت أن الجنون لا ينافى أهلية الوجوب .

فالمجنون يرث ، ويملك، وثبوت الإرث من باب الولاية لأن الوراثة خلافة والوارث يخلف المورث ملكا وتصرفاً ولذا كان ما يقطع الولاية يمنع الإرث كالرق ، واختلاف الدين وكذلك الملك ولاية لأنه استيلاء على المحل شرعا لكن أهلية الأداء تنعدم بالنسبة للمجنون تحقيقاً وتقديراً إذا لزم منها الحرج فمع ثبوت الذمة للمجنون ينعدم الأداء إذا لزم منه حرج ويصير الوجوب معدوما بناء على عدم الأداء لكن فى مسائل الضمان لا حرج على الزام المجنون به فيؤاخذ بضمان الأفعال فى الأموال على الكمال فلو أتلف مال إنسان يجب عليه الضمان كما يجب على العاقل ، لأن المجنون أهل لحكم وجوب المال وهو الأداء إذ المال هو المقصود فى حقوق العباد دون الفعل والمقصود هنا يحصل بأداء النائب عن المجنون وهو وليه فكان المجنون من أهل وجوبه كالصبى .

---

(١) كشف الأسرار جـ ٤ ص ٢٦٨

جنايات المجنون الموجبه للقصاص : المجنون فى الجنايات الواقعة على النفس الموجبة للقصاص لا يجب عليه القصاص الذى هو ضمان الفعل على الكمال بل تجب الدية على العاقلة كما فى جنايات الخطأ .

إيمان المجنون : لا يصح إسلام المجنون لعدم وجود ركنه وهو العقل لأن صحة الكلام بالعقل والتمييز فبدونهما لا يمكن اعتباره ولهذا لو كان والدا المجنون كافرين وأقر هو بالوحدانية لله تعالى وصحة الرسالة لا يحكم بإسلامه لأن ركن الإيمان لم يوجد وهو عقد القلب والأداء الصادران عن عقل بخلاف الصبى حيث صح إيمانه لوجود ركنه وهو العقل.

والقول بعدم صحة إيمان المجنون ليس حجراً عليه ومنعاً له من الإيمان بل لأن عدم الحكم هو لعدم الركن وهو العقل وهذا لا يعد حجراً . والإيمان مشروع فى حقه ولذا يصير مؤمنا تبعاً لأبويه . فلم يصح تكليف المجنون بوجه إلا فى حقوق العباد — فإذا أسلمت امرأة المجنون عرض الإسلام على وليه دفعا للظلم بقدر الإمكان . . . وإذا لم يكن له والدان جعل القاضى له خصما .

المجنون جنونا ممتداً لايلزم بالأمور الضارة التى تحتمل السقوط : يرى الحنفية أن ما كان ضررا يحتمل السقوط مثل الصلاة والزكاة والصوم وسائر العبادات تسقط عن المجنون جنوناً ممتـــدا فان إلزامها له نوع ضرر فى حقه وأنها تسقط بالاعذار ومثل ذلك أيضاً الحدود والكفارات فانها تسقط بالشبهات — ومثل ذلك أيضا الطلاق ، والعتاق ، والهبة وما أشبهها من المضار فهى غير مشروعة فى حقه حتى لا يملكها عليـــه وليه كما لا تشرع فى حق الصبى لأنها من المضار المحضة .

ردة المجنون : قال الحنفية : إن ما كان قبيحا من الأمور لا تحتمل العفو مثل الكفر فهو ثابت فى حقه ولهذا يصير المجنون مرتدا تبعا لأبويه لأن التصرف الضار وإن كان غير ثابت فى حقه إلا أن الكفر بالله قبيح لايحتمل العفو فلا يمكن القول برده بعد تحققه من الأبوين فاذا ثبت فى حقهما ثبت فى حقه أيضا لأنه تبع لهما

فى الدين ، ألا ترى أن الاسلام لا يمكن أن يثبت فى حقه بطريق الأصالة لعدم وجود الإسلام منه وإنما يثبت إسلامه بطريق تبعيته لوالديه ، فاذا ارتدا وزالت التبعية فى الإسلام فلا وجه إلى جعله مسلما بطريق الأصالة فلو لم يحكم بردته لوجب أن تقول بالعفو أيضا عن ردة والديه ، وهذا قول فاسد ، فلزم القول بثبوت الردة فى حقه ضرورة .

متى يحكم بردة المجنون إذا ارتد والداه ؟؟ يحكم بصحة ردة المجنون تبعا لأبويه فيما إذا بلغ مجنونا وأبواه مسلمان فارتدا ، ولحقا بدار الحرب وهو معهما .

وقال الحنفية : إن الحكم بصحة ردة المجنون تبعا لردة أبويه فى هذه الحالة لأن الكفر بالله تعالى قبيح لا يحتمل العفو عنه بعد تحققه بواسطة تبعية الولد لأبويه — أما إذا ارتد الأبوان ولحقا بدار الحرب وتركا ابنهما المجنون فى دار الإسلام فإنه لا يحكم بردته تبعا لأبويه بل يظل مسلما تبعا للدار .

وقال الحنفية : إن المكلف لو أدرك عاقلا مسلما ، وأبواه مسلمان ثم جن بعد ذلك فارتد أبواه عن الاسلام والعياذ بالله ، ولحقا بدار الحرب . فان المجنون لا يصير مرتدا بردة أبويه فى هذه الحالة ، لأنه صار أصلا فى الايمان ، فلا يصير تبعا بعده بحال .

الجنون بعد الاسلام الحاصل بعد البلوغ : لو أسلم قبل البلوغ وهو عاقل ، ثم جن لم يتبع أبويه فى ردتهما بحال من الأحوال ، لأنه صار أصلا فى الايمان يتقرر سببه وهو الاعتقاد ، والاقرار ، فلم ينعدم ذلك بالأسباب التى اعترضت وهو الجنون ويبقى مسلما[1] . .

---

(١) كشف الأسرار عن أصول فخر الاسلام البزدوى ج ٤ ص ٢٧٤ ، تيسير التحرير ج ٢ ص ٤٢٢ ، ومرآة الأصول شرح مرقاة الوصول للاخسرو ص ٤٢٦ .

العتـــه

تحديد معنى العته : العته آفة توجب خللا فى العقل فيصير صاحبه مختلط الكلام فيشبه بعض كلامه كلام العقلاء ، وبعضه يشبه كلام المجانين ، وكذا سائر أموره — وبهذا فرق بين العته ، والإغماء ، والجنون ، والسكر .

المعتوه له أهلية أداء قاصرة : يرى الحنفية أن المعتوه هو كالصبى العاقل فى صحة فعله وقبول الوكالة فى بيع مال الغير والشراء له بلا عهدة فلا يطالب فى الوكالة بالبيع والشراء بنقد الثمن ، وتسليم المبيع ، ولا يرد عليه بالعيب ، ولا يؤمر بالخصومة فيه .

وينفذ قول المعتوه فيما هو نفع محض له ، وهو أهل لاعتباره منه لوجود أصل العقد كإسلامه فيحكم بصحته .

أما ما هو ضرر محض كالطلاق ، والعتاق فإنه لا يصح منه إلا بإذن وليه ، لا بدون إذنه ، ولا تجب عليه العبادات ، كما لا تجب على الصبى العاقل ، ولا تجب عليه العقوبات ويكون كالصبى المميز فى جميع الأحكام التى سبق بيانها .

قال صاحب كشف الأسرار : « فكما أن الجنون يشبه أول أحوال الصبا (الصبى غير المميز) فى عدم العقل ، يشبه العته آخر الصبا فى الأحكام ، ألحق العته بآخر أحوال الصبا (الصبى المميز) فى جميع الأحكام أيضا ، حتى أن العته لا يمنع صحة القول والفعل كما لا يمنعها الصبا مع العقل فيصح إسلام المعتوه ، وتوكله ببيع مال غيره ، وطلاق منكوحة غيره ، وعتاق عبد غيره ، ويصح منه قبول الهدية كما يصح من الصبى .

العته يمنع ما يوجب إلزام شىء ومضرة : يرى الحنفية أن العته يمنع العهدة أى ما يوجب الزام شىء ومضرة كالصبا فلا يطالب المعتوه فى الوكالة بالبيع والشراء بنقد الثمن ولا تسليم المبيع ولا يرد عليه بالعيب ولا يؤمر بالخصومة فيه ، ولا يصح

طلاق امرأة نفسه ولا إعتاق عبـــد نفسه بإذن الولى أو بدون إذنه ولا بيعه وشراؤه لنفسه بدون إذن الولى وكذا كل ضرر يحتمل السقوط .

مسئولية المعتوه عن جناياته : يلزم المعتوه ضمان ما يستهلك من المال لأن حقوق العباد لا تحتمل السقوط شرعا ، ولأن الضرر المنفى عن المعتوه والصبى المميز هو ما يحتمل العقود والضرر المضمون عليها إذا كان فى حقوق العباد يراد به ما يلزم بالعقود فى أغلب الاستعمال وضمان المستهلك ليس من قبيل الضرر المنفى عن المعتوه مسئوليته عنه بالكامل لأنه ضمان مالى شرع جبرا لم استهلك من المحل المعصوم ولهذا قدر بالمثل ، وكون المستهلك صبيا معذورا ، أو بالغا معتوها لا ينافى عصمة المحل لأنها ثابتة لحاجة العبد إليه لتعلق بقائه وقوام مصالحه به ، وبالصبا ، والعته لا يزول حاجته إليه عنه فبقى معصوما فيجب الضمان على المستهلك ولا يمتنع بعذر الصبا عنه .

حقوق الله الواجبة : حقوق الله تجب بطريق الابتلاء وذلك يتوقف على كمال العقل والقدرة ولهذا فالصبا والعته لا تجب مع الضرر تبعا لأصل التكليف .

حقوق العباد الواجبة بالعقود : كذلك حقوق العباد الواجبة بالعقود لا يكلف بها المعتوه لأنها لما وجبت بالعقد وقد خرج كلام المعتوه والصبى عن الاعتبار عند استلزامه المضار فلم تجعل العقود أسبابا لتلك الحقوق فى حقهما .

المعتوه لا يكلف بالعبادات : لا تجب على المعتوه العبادات ولا يثبت فى حقه العقوبات كما هو فى حق الصبى — وهذا هو اختيار عامة المتأخرين من فقهاء الحنفية[1] .

المعتوه غير المميز هو كالمجنون : تبين لنا أن المعتوه فاقد التمييز هو كالمجنون فى فقدان الأهلية كما أنه تسقط عنه التكليفات البدنية ، وتثبت فى ماله المغارم المالية على النحو الذى بيناه .

---

(١) المصدر السابق ص ٢٧٤

المعتوه المميز : أما المعتوه المميز فهو يفترق عن المجنون فى أمرين هما :

أولا : يعد المعتوه المميز ناقص الأهلية فتصح منه التصرفات النافعة نفعا محضا وتكون تصرفاته المترددة بين النفع والضرر موقوفة على إذن وليه المختص .

ففى عقد الزواج يتوقف على إجازة ولى النفس ، وإن موضوع التصرف مالا يتوقف على اجازة ولى المال .

ثانيهما : المعتوه فاقد التمييز والمجنون لا يخاطبان بالعبادات كما قررنا ، أما المعتوه المميز فقد قال بعض العلماء انه مخاطب بالعبادات البدنية — ولكن الراجح بل الصحيح أنه غير مكلف بها فهو كصبى ظهر فيه قليل العقل ، ولما أثر نقصان العقل فى سقوط الخطاب فى الصبى أثر كذلك فى المعتوه الذى يشبهه ، وأن صحة التكليف مبنية على القدرة وآلة القدرة هى العقل(١) .

النسيان

النسيان : النسيان هو غفلة الإنسان وذهوله عن بعض معلوماته من غير آفة فى عقله ولا فى تمييزه .

وقد قسم الفقهاء الحقوق بالنسبة إلى النسيان إلى قسمين هما :

١ — نسيان حقوق الله تعالى . ٢ — نسيان حقوق العباد .

القسم الأول : نسيان حقوق الله تعالى وقد أسقط الله تعالى فيه الإثم فقد رفع القلم عن الناسى حتى يتذكر كما ورد فى الأثر الصحيح — فإذا ترك الذابح اسم الله تعالى نسيانا ، وهو يذبح يسقط عنه الإثم ، وتؤكل ذبيحته ، ومن ترك أداء الصلاة فى وقتها نسيانا رفع عنه الإثم لقول النبى ﷺ « من نام عن صلاة

---

(١) المرجع السابق .

ونسيها فليصلها إذا ذكرها ، والنسيان الحاصل عن تقصير الشخص فى حقوق الله بأن حصل مع وجود المذكر الذى ينبه الناسى من غفلته فإنه لايعد عذراً فمن أكل فى صلاته أو تكلم ناسياً بطلت صلاته لأن حالة الصلاة مع الذكر من قيام وقعود وركوع تذكره أنه فى الصلاة .

القسم الثانى حقوق العباد :

لا تسقط حقوق العباد بنسيان أدائها فى وقتها ولا يعذر من ادعى أنه ارتكب جريمة ناسياً ، بل يؤاخذ بها إلا إذا كان من شأنه أن ينسى فإن ذلك نوع من العته يكون موضع نظرفإن سقطت المؤاخذة فلأنه معتوه لا لأنه ناس .

والنسيان لاينافى الوجوب لبقاء القدرة بكمال العقل ، ولايصح أن يعتبر عذراً فى حقوق العباد فكل تصرف يصدرمن الشخص من بيع وشراء ، ورهن ، وإجارة وطلاق يكون تصرفاً صحيحاً وتترتب عليه آثاره ولايصح الاعتذار بأنه كان ناسياً غافلا عن معنى الصيغة التى تلفظ بها أو الآثار التى تترتب عليها .

تنبيه : يرى الحنفية أن النسيان الناشيء عن تقصير الشخص لا يعتبر عذرا فى حقوق الله تعالى ومثلوا لذلك بمن أكل فى صلاته أو تكلم فإن صلاته تبطل ولا يعتبر نسيانه أنه فى الصلاة عذراً له ـ لأن المذكر له هنا موجود وهو الركوع والسجود والقيام كل ذلك أمور تذكر المصلى بأنه فى الصلاة فالنسيان حينئذ يكون بتقصير منه(١) .

---

(١) كشف الأسرار حـ ٤ ص ٢٧٦ — ٢٧٧ وتيسير التحرير حـ ٢ ص ٢٢٤ — ٢٢٧

النـوم

النوم : النوم هوفترة طبيعية تحدث فى الإنسان بلااختيار منه وتمنع الحواس الظاهرة والباطنة عن العمل مع سلامتها ، واستعمال العقل مع قيامه .

والنوم فى عبارة أهل الطب هو سكون الحيــــوان بسبب منع رطوبة معتدلة منحصرة فى الدماغ الروح النفسانى من الجريان فى الأعضاء .

والنوم لا يمنع ثبوت أهلية الوجوب لأن للنائم ذمة ، كما أن للنائم أيضاً أهلية أداء لوجود العقل فلا يسقط عنه التكليف إلا أنه لا يكون مخاطبا بالأداء فى حالة نومه لعجزه عن الأداء قال عليه الصلاة والسلام : « من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها فإن ذلك وقتها » فالحديث دليل على أن الوجوب ثابت فى حق النائم والناسى .

قال الإمام البرغرى فى هذا الحديث إشارة إلى أن الصلاة واجبة حالة النوم ولكن تأخر وجوب أدائها بعذر النوم لأنه عليه السلام قال : « من نام عن صلاة » ولو لم تكن واجبة حالة النوم لما كان نائما عن الصلاة .

النوم ينافى الاختيار : النوم ينافى وجود اختيار للمكلف النائم ولذلك بطلت عبادات النائم فيما يبنى على الاختيار ولا يعتد بها لأن الاختيار بالتمييز ولم يبق للنائم تمييز ولذلك لا يعتد بطلاق النائم ولا إعتاقه ، ولا إسلامه ، ولا ردته ، ولا بيعه أو شرائه ويصير كلامه لعــــدم التمييز والاختيار بمنزلة ألحان الطيور فلا يعتبر .

رد اعتراض : قد يعترض ويقال أنه لا يشترط الاختيار فى الطلاق والعتاق بدليل وقوعهما فى حالة الخطأ والإكراه ، والهزل وقد قال عليه السلام ثلاث جدهن جد وهزلهن جد الطلاق والعتاق الحديث فينبغى أن يقعا فى حالة النوم أيضا .

الجواب : ويجاب عن هـذا الاعتراض إن الطلاق والعتاق لابد فيهما من

الاختيار لان الكلام لا يعتبر بدونه ولكنه لا يشترط فيهما الرضا بالحكم ، وفى الهزل ، والخطأ والإكراه أصل الاختيار موجود وإن عدم الرضاء فيها بالحكم فلا تمنع وقوعهما . فأما النوم فيعدم أصل الاختيار فيمنع صيرورة العبـــارة كلاما[1] ولذا لايعتدبما يصدر منه فى نومه عبادة كان أو معاملة ، ويؤاخذ بجناياته ماليا فقط لعدم القصد .

الإغماء

الإغماء : الإغماء هو فتور يزيل القوى ، ويعجز به ذو العقل عن استعماله مع قيامه حقيقة .

تعريف آخر للإغماء : عرف الإغماء بأنه آفة توجب انحلال القوة الحيوانية بغتة[2] .

الإغماء لا يمنع ثبوت الأهلية لأن للمغمى عقلا فالعجز عن استعمال العقل لا يوجب عدم العقل فتبقى الأهلية ببقائه ، كمن عجز عن إستعمال السيف لم يؤثر ذلك فى السيف بالإعدام ألا ترى أن المغمى عليه لا يولى عليه كما يولى على الصبى والمجنون ، وإن النبى ﷺ لم يكن معصوما عنه ولو كان الإغماء فيه زوال للعقل لعصم عنه النبى ﷺ كما عصم عن الجنون قال الله تعالى : « ما أنت بنعمة ربك بمجنون » .

الإغماء ينافى الاختيار : الإغماء أشد من النوم فيفوت به الاختيار والقوة ، لأن النوم فترة طبيعية بحيث لا يخلو الإنسان عنه فى حال صحته فمن هذا الوجه يختل كونه من العوارض ، وإن تحققت العارضية فيه باعتبار أنه زائد على معنى الإنسانية ولكنه لا يزيل أصلا فى القوة أيضاً وإن أوجب العجز عن استعمالها ويمكن إزالته بالتنبيه . أما الإغماء فهو عارض من كل وجه لأن الإنسان قد يخلو عنه فى مدة حياته فكان أقوى من النوم فى العارضية ، وهو ينافى القدرة أصلا لأنه مرض مزيل للقوى ولهذا لا يمكن إزالته بفعل أحد ، بخلاف النوم لأنه عجز عن استعمال القوة مع وجودها ولهذا يزول بالتنبيه . والنوم بحالة مستقرة لا يكون

---

(١) المصدر السابق ص ٢٧٨

(٢) كشف الأسرار حـ ٤ ص ٢٧٩

حدثا ناقضا للوضوء لأنه بعينه لا يوجب الاسترخاء لا محالة أما الإغماء فهو بكل حال يكون حدثا .

ولهذا كان المغمى عليه كالنائم فى كل ما ذكرنا من الأحكام إلا أنه إذا امتد الإغماء بدخول الوقت فى حد التكرار وذلك إذا زاد عن يوم وليلة فإنه لا يجب على المغمى عليه قضاء ما فاته من الصلاة لما فى ذلك من الحرج والمشقة[1] وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف أما عند محمد فالامتداد عنده باعتبار الصلوات على ما ذكرنا فى مسألة الجنون الممتد فى العبادات وسقوط الأداء عنه للصلاة إذا دخلت فى حد التكرار لسقوط أداء الواجب عنه أصلا فيسقط خلفه وهو القضاء منعا للحرج . وهذا كله استحسان والقياس أن لا يسقط بالإغماء شىء وإن طال .

رأى الشافعى : قال الشافعى رحمه الله امتداد الإغماء الموجب عدم قضاء ما فات من الصلاة فى أثنائه هو باستيعابه وقت الصلاة فلو كان مغمى عليه وقت صلاة كاملة لا يجب عليه القضاء لأن وجوب القضاء يبتنى على وجوب الأداء ، وفرق بين النوم والإغماء فإن النوم عن اختيار منه بخلاف الإغماء .

قول آخر للشافعى : للشافعى قول آخر مثل قول الحنفية .

وجه الاستحسان الذى أخذ به الحنفية : استحسن الحنفية عدم قضاء ما فات من الصلاة إذا ظل الإغماء كما يرى الشيخان أكثر من يوم وليلة أو زاد عن ست صلوات كما يرى محمد بحديث على رضى الله عنه فإنه أغمى عليه أربع صلوات فقضاهن وعمار بن ياسر أغمى عليه يوما وليلة فقضى الصلوات ، وعبد الله بن عمر رضى الله عنهما أغمى عليه أكثر من يوم وليلة فلم يقض الصلاة فعرفنا أن امتداد الإغماء فى الصلاة بما ذكر .

الإغماء لا يسقط الصوم : الإغماء عذر فى تأخير الصوم لا فى إسقاطه وزواله لأن سقوط الصوم هو بزوال الأهلية أو بالحرج ولا تزول الأهلية بالإغماء لأنه مرض لا يزول به العقل ولا يتحقق الحرج أيضا لأنه إنما يتحقق الحرج

---

(١) كشف الأسرار حـ ٤ ص ٢٨١

فيما يكثر وجوده وامتداده فى حق الصوم نادر لأنه مانع من الأكل والشرب وحياة الإنسان بدون الأكل والشرب شهراً أمر نادر فلا يصلح لبناء الحكم عليه أما فى الصلاة فامتداده فى حق الصلاة جاءت السنة به .

الـرق

الرق : فى اللغة هو الضعف يقال ثوب رقيق أى ضعيف النسج ومنه رقة القلب

الرق فى عرف الفقهاء : الرق فى عرف الفقهاء هو عبارة عن ضعف حكمى يتهيأ الشخص به لقبول ملك الغير فيتملك بالاستيلاء كما يتملك الصيد وسائر المباحات

وقولهم ضعف حكمى هو احتراز عن الضعف الحسى فالعبد قد يكون أقوى من الحر حسا لأن الرق لا يوجب خللا فى سلامة البنية ظاهرا أو باطنا لكنه وإن قوى فهو عاجز عما يملكه الحر من الشهادة ، والقضاء والولاية والتزوج وملكية المال وغيرها .

ولا يلزم على هذا التعريف للرق اصطلاحا أن أهل الحرب أرقاء حتى ملكوا بالاستيلاء ثم إن تصرفاتهم نافذة وأنكحتهم صحيحة ، وشهاداتهم فيما بينهم مقبولة وأملاكهم ثابتة — فانه يرد على ذلك بأن ثبوت وصف الرق فيهم بالنسبة إلينا حتى صاروا عرضة للتملك فى حقنا فأما فيما بينهم فلهم حكم الأحرار بناء على ديانتهم فيما بينهم بالحرمة فتثبت هذه الأحكام فى حقهم .

الرق وصف لا يقبل التجزىء فيجعل عبداً فى شهادته وإن لم يثبت الملك للمقر له به إلا فى جزء منه والعتق كذلك لا يقبل التجزىء فلا واسطة بين الحرية والرق فلزم من عدم تجزىء الرق عدم تجزىء العتق ضرورة .

معتق البعض :

معتق البعض لا يكون حرا أصلا عند أبى حنيفة فى شهادته وسائر أحكامه وإنما هو مكاتب .

رأى الصاحبين : قال الصاحبان أن معتق البعض هو معتق الكل لأن العتق لايتجزأ فلو أعتق أحد الشريكين نصيبه يعتق كله لقوله عليه السلام من أعتق شقصا له فى عبد عتق كله ليس لله فيه شريك » .

وقال الصاحبان إن الاعتاق انفعاله العتق أى لازمه الذى يتوقف وجوده عليه يقال أعتقته فعتق كما يقال كسرته فانكسر فلا يتصور إعتاق بدون العتق كما لا يتصور الكسر بدون الانكسار لاستحالة وجود الملزوم بدون اللازم ، وإذا لم يكن الانفعال هنا وهو العتق متجزيا لم يكن الفعل وهو الاعتاق متجزما ضرورة ، كالتطليق والطلاق فإن الطلاق الذى هو انفعال التطليق لما لم يكن متجزيا لم يكن التطليق الذى هو الفعل متجزيا — ولا وجه للقول بتوقف الاعتاق لأنه صدر من المالك فوجب تنفيذه ونفاذه فى البعض يستدعى ثبوت العتق فى الكل — كما أنه لا معنى لقول من قال إن الاعتاق تصرف فى المالية دون إثبات العتق لأن الحيوان يثبت ديناً فى الذمة فى باب الإعتاق وإن إعتاق ما ليس بمال يصح كالجنين وكأم الولد على أصل أبى حنيفة رحمه الله ولو كان الإعتاق تصرفا فى المالية لما ثبت الحيوان ديناً فى الذمة فيه لأنه لا يثبت فى الذمة بدلا عن المال ويوضح ذلك ان الاستيلاد والذى هو حق العتق لا يتجزى حتى لو استولد الجارية المشتركة صارت كلها أم ولد له فحقيقة العتق بعدم التجزى أولى[1] .

وجه رأى أبى حنيفة : قال أبو حنيفة رحمه الله : الإعتاق إزالة الملك متجزى ، تعلق به حكم لايتجزى وهو العتق لأنه عبارة عن سقوط الرق ، وسقوط الرق حكم بسقوط كل الملك فإذا سقط بعضه فقد وجد شطر علة العتق وصار ذلك كأعداد أعضاء الوضوء فى حكم الغسل فإنها متجزية فيه وتعلق بغسلها إباحة الصلاة التى هى غير متجزية . ولذا يكون غاسل بعضها متطهراً ومزيلا للحدث عن ذلك البعض ويتوقف إباحة الصلاة على غسل الباقى — إلا أن العبد استحق بازالة الملك حق العتق لأن الإزالة لما صحت استحق أن يعتق بقدره لأن الإعتاق أقوى من التدبير والاستيلاد ولما استحق العتق فى الحال ولم يحتمل النقض وجب تكميله

---

(١) كشف الأسرار ج ٤ ص ٣٠٠ — ٣٠١ .

عن طريق السعاية فيجعل العبد مكاتبا بين حر وعبد ، وفى الكتابة تأخر لحق العبد فى العتق وفى القول بعتق الكل بطلان ملك الذى لم يعتق فكان تأخير العتق حتى يسعى فى مقدارُ الباقى من قيمته أولى .

الرق ينافى مالكية المال : الرق يبطل مالكية العبد للمال لأنه مملوك لسيده وملك الذات يوجب ملك الصفات إلا ما استثنى .

الرق لا يمنع أهلية العبد لأداء العبادات البدنية : العبد مكلف بأداء القرب البدنية من صلاة وصوم فإن القدرة التى يحصل بها الصوم الفرض أو الصلاة الفرض ليست للمولى بالإجماع بل العبد فيها مبقى على أصل الحرية .

أداء الحج من العبد لا يصح : يرى الحنفية أن حج العبد لا يصح لأن سيده يملكه مالا ومنافع إلا ما استثنى من صلاة الفرض وصوم الفرض فإن القدرة عليهما للعبد وهو فيهما كالحر لكن الحج الفرض ليس بواجب على العبد لعدم قدرته وإذن فأداء الحج فى هذه الحالة كان نفلا لأنه أداء للشىء قبل وجود شرطه لذا كان نفلا فلا ينوب عن الفرض — وكذلك الجهاد — من القدرة البدنية التى يملكها مالك الجسد وهو المولى ولم تستثن كما استثنى القدرة على الصلاة والصوم

الرق لا ينافى مالكية غير المال : الرق لاينافى مالكية المملوك لغير المال وهو النكاح والدم ، والحياة . . .

فالرق لا يؤثر فى عصمة الدم مؤثمة كانت أو مقومة بالإسقاط والتنقيص ، وإنما يؤثر الرق فى قيمة الدم الواجبة بسبب العصمة بالرق .

فالرق لا أثر له فى أصل عصمة الدم بل أثره يظهر فى تنقيص قيمته بسبب العصمة بالرق لأن العصمة المؤثمة تثبت بالإيمان ، والمقومة تثبت بدار الإيمان أى أى بالإحراز بها ، والعبد فى كل واحد من الأمرين مثل الحر بلا نقصان ، أما فى الإيمان فظاهر ، وأما فى الإحراز بالدار فلأنه يتم بعـــد وجوده حقيقة بما

يوجب القرار فى هذه الدار بأن أسلم أو التزم عقد الذمة ، والرق مما يوجب ذلك لأن الإنسان بالرق يصير تبعا للمولى فإذا كان المولى محرزا بدار الإسلام يصير العبد محرزا بها أيضا كسائر أمواله ولأن العبد مماثل للحر فى العصمة يقتل الحر بالعبد قصاصا كما يرى الحنفية .

رأى الشافعية : قال الشافعى رحمه الله : لا يقتل الحر بالعبد قصاصا لانتفاء المماثلة فيما يبتنى عليه القصاص وهو النفسية ، لأنها عبارة ذات موصوفة بأنواع الكرامات التى اختص بها وصارت بها أشرف من سائر الحيوان ، وقد تمكن فى العبد معنى المالية التى تخل بتلك الكرامات فاحتملت النفسية بمجاورة المالية فكان العبد فى مقابلة الحر دونه فى النفسية ، فالحر نفس من كل وجه ، والعبد نفس ومال فامتنع القصاص . والدليل على انتقاص النفسية انتقاص البدل ، ولا يلزم عليه قتل الذكر بالأنثى مع أنها دون الذكر فى استحقاق الكرامات ولهذا انتقص بدل دمها عن بدل دم الرجل ، لأن ذلك ثبت بالنص على خلاف القياس .

رد الحنفية أدلة الشافعية : قال الحنفية : إن نفس العبد معصومة على سبيل الكمال لمساواته الحر فى سبب العصمة ، والدليل على كمال العصمة وجوب القصاص بقتله إذا كان القاتل عبداً ، ولو اختلت العصمة لما وجب القصاص بقتله أصلا ، لأن ذلك يوجب شبهة الإباحة ، ولا يجب القصاص مع الشبهة — وأما مجاورة المالية أى كون العبد نفسا ومالا فى ذات الوقت فمجاورة المالية لا تخل بالنفسية والعصمة ، لأن الوصف الذى يبتنى عليه القصاص ، وتثبت لأجله العصمة كونه متحملا أمانة الله عز وجل إذ التحمل والأداء لا يمكن إلا بالبقاء ، والبقاء لا يتحقق بدون العصمة وهذا وصف أصلى لا ينفك عنه ، وما عداه من الحرية ، والمالكية والعقل صفات زائدة أثبتت لتكميل الوصف المطلوب ولا تعلق للقصاص بها وقد وجدت المساواة ههنا فى المعنى الأصلى الذى يبتنى عليه القصاص ، وكملت العصمة لأجله ، فلا وجه لمنع القصاص . فأما نقصان البدل أى بدل الدم للعبد عن الحر فهذا النقصان لأوصاف زائدة وهى أوصاف معتبرة فى تنقيص البدل وتكميله ، لكنها فى حق وجوب القصاص ليست معتبرة بدليل جريان القصاص بين الذكر والأنثى مع ثبـــوت التفاوت بين الذكر والأنثى فى بدل الدم — ويوضح هذا

المعنى ويؤكده أن العبد لو قتل عبداً ثم اعتق فإنا يستوفى القصاص منه ، ولو لم يتساوى الحر والعبد فى المعنى الموجب للقصاص لمنع العتق عن الإستيفاء ، إذ المانع قبل الاستيفاء بمنزلة المانع حالة الوجوب .

لا ولاية للعبد على نفسه ولا على غيره تنقطع الولايات كلها بالرق فلا يملك العبد حق أداء الشهادة أو ولاية القضاء أوالتزويج وغير ذلك من الأمور التى تنبىء عن القدرة الحكمية — والعبد لا قدرة له لأنه لا ولاية له على نفسه فلا ولاية له على غيره لأن الولاية هى تنفيذ الأمر على الغير شاء أو أبى والرق عجز حكمى ينافى الولاية كما ينافى مالكية المال — ولانقطاع الولايات كلها بالرق بطل أمان العبد المحجور عليه عن القتال عند أبى حنيفة وإحدى الروايتين عن أبى يوسف .

أما عند محمد وفى الرواية التى عند أبى يوسف وعند الشافعى يصح أمان العبد لغيره لأنه مسلم من أهل نصرة الدين بما يملكه ، والأمان نصرة الدين بالقول . فإنه شرع لمنفعة تعود إلى المسلمين وهى دفع شر الكفار عنهم والنصرة بالقول مملوكة له إذ ليس فيها إبطال حق المولى بوجه فكان العبد فيها مثل الحر ، بخلاف القتال بالنفس فإنه نصرة بما لا يملكه لأن فيه إبطال حق المولى عن منافعه وتعريض ماليته للهلاك فلا يملكه العبد .

وجهة نظر أبى حنيفة قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله إن الأمان منه تصرف على الغير ابتداء فلا يصح وإن لم يكن فيه ضرر للمولى كالشهادة ، وذلك لأنه إلزام على الغير من غير أن يلزمه شىء ، لأنه لا حق له فى أموال الناس ولا فى أنفسهم اغتناماً واسترقاقاً حتى لو قاتل لا يملك الرضخ بل يملكه مولاه وليس له حق القتل أيضا لأنه ممنوع عنه لحق المولى شرعا ، وإذا أثبت أنه لا حق له تبين أن أمانه هو من قبيل التصرف على الغير ابتداء بطريق الولاية ، ولا ولاية له على الغير لأنها إنما تثبت إذا كان كامل الولاية فى نفسه والكمال فى حقه لا يثبت إلا بالحرية فلذلك لا يصح أمانه .

وقال أبو حنيفة : إن الأمان من توابع القتال — والعبد لا يملك الجهاد أصلا لأنه يكون بالنفس أو بالمال ونفسه مملوكة لغيره ، وليس هو من أهل ملك المال

فلا يملك الأمان كالذمى والصبى والمجنون . والأمان وإن كان ترك القتال صورة لكنه من جملة الجهاد معنى ، لأنه قد تتفق حالة يكون بالمسلمين ضعف فتكون المصلحة فى الأمان هو إعطاء الفرصة للمسلمين كى يستعدوا للجهاد فكان الأمان من توابع الجهاد .

وقال أبو حنيفة : إن المقصود من الأمان هو دفع شر الكفار عن المسلمين وإعزاز الدين كما يحصل بالجهاد ومن هذا كله يتبين أن الامان من توابع الجهاد والعبد لا يملك الجهاد فلا يملك ما هو من توابعه ، لأن عدم الأصل بأى علة كانت يدل على عدم التابع لأن وجود التبع بوجود الأصل لا بعلة الأصل .

أما القول بأن أمانه هو التزام منه بحرمة التعرض لهم فى نفوسهم فإن هذا القول يصح أن لو كان له حق الجهاد ، أما وهو ليس له هذا الحق إلا بإذن مولاه فيكون أمانه لغيره هو إلزام لغيره وهذه ولاية والعبد لا ولاية له .

ولا يقال إن العبد يملك عقد الذمة فيقاس عليه ملكيته للأمان لأن عقد الذمة يتمحض منفعة للمسلمين لأن الكفار إذا طلبوا ذلك يفترض على الإمام إجابتهم إليه فيصح من العبد كقبول الهبة والصدقة — أما الأمان فمتردد بين المنفعة والضرر ولهذا لا يفترض إجابة الكفار إليه إذا طلبوا ذلك ، وفيه إبطال حق المسلمين فى الاستغنام والاسترقاق . ألا ترى أن التصرف الذى يوهم إلحاق الضرر فى حق المولى خاصة كالبيع والشراء لا يملكه العبد بنفسه فما فيه إلحاق الضرر بالمسلمين أولى أن لا يملكه[1] .

العبد المأذون له بالجهاد : العبد المأذون له بالجهاد والقتال له الحق فى أن يعطى الأمان لمن طلبه منه .

إقرار العبد بما يوجب عقوبة حدية يرى الحنفية أن إقرار العبد محجوراً عليه أو مأذونا على نفسه بما يوجب حداً أو قصاصاً هو قرار صحيح لأنه مبقى على أصل

(١) كشف الأسرار ح ٤ ص ٣٠٢ — ٣٠٤

الحرية فى حق الدم والحياة حتى لم يملك المولى إراقة دمه وإتلاف حياته ولا يصح إقراره عليه بالحدود والقصاص وإقراره بالسرقة صحيح فى حق القطع لا فى حق الضمان وقال زفر لا قطع عليه ويضمن المـــال إن كان مأذونا وبعد العتق إن كان محجوراً .

إقرار العبد المحجور بالمال : لايصح إقرار العبد المحجور بالمال لأنه إقرار على الغير أى بما يلاقى من الغير وهو حق المولى فلا يصح لذلك .

إقرار العبد بسرقة مال قائم فى يده اختلف فقهاء المذهب فى صحة إقرار العبد بسرقة مال قائم فى يده بعينه فعند أبى حنيفة رحمه الله يصح إقراره بالحد والمال فيقطع يده ويرد المال على المسروق منه .

وعند محمد رحمه الله لا يصح إقراره بهما فلا يجب القطع ولا الرد على المسروق منه وهو قول زفر رحمه الله وعنـد أبى يوسف رحمه الله يصح الاقرار بالحد دون المال فيقطع يده ويكون المال للمولى . والاختلاف المذكور فيما إذا كذبه المولى وقال المال مالى ، فأما إذا صدقه فإن العبد المقر بالسرقة تقطع يده ويرد المال إلى المسروق منه بلا خلاف :

وجه قول محمد : قال الإمام محمد بن الحسن رحمه الله : إن إقرار المحجور عليه باطل لأن كسبه ملك مولاه وما فى يده كأنه فى يد المولى ألا ترى أنه لو أقر فيه بالغصب لا يصح فكذلك بالسرقة ، وإذا لم يصح إقراره فى حق المال بقى المال على ملك مولاه فلا يمكن أن يقطع فى هذا المال لأنه ملك المولى ، ولا فى مال آخر لأنه لم يقر بالسرقة فيه ، ثم المال أصل فى باب السرقة بدليل إن المسروق منه لو قال أبغى المال دون القطع تسمع خصومته ، وعلى العكس لا تسمع وأن المال يثبت بدون القطع ، ولايتصور ثبوت القطع قبل ثبوت المال فإذا لم يصح إقراره فيما هو الأصل لم يصح فيما يبتنى عليه أيضا .

وجه قـول أبى يوسف: قال أبو يوسف رحمه الله أن العبد قد أقر بشيئين بالقطع وبالمال للمسروق منه ، وإقراره حجة فى حق القطع دون المـــال فيثبت ما كان إقراره فيه حجة دون الآخر لأن أحد الحكمين ينفصل عن الآخر ، ألا ترى أنه

قد يثبت المال دون القطع كما إذا شهد بالسرقة رجل وامرأتان ، ويجوز أن يثبت القطع دون المال كما لو أقر بسرقة مال يستهلك .

وجه قول أبي حنيفة : قال أبو حنيفة رحمه الله أنه لابد من قبول إقرار العبد بالنسبة للعقوبة الحدية فتقطع يده لأن العبد فى هذا الاعتبار مبق على أصل الحرية ، ولأن القطع هو الأصل فإن القطع يقضى بالقطع إذا ثبتت السرقة عنده بالبينة ، ومن ضرورة وجوب القطع عليه كون المال مملوكا لغير مولاه لاستحالة أن يقطع العبد فى مال هو مملوك لمولاه ، وبثبوت الشىء يثبت ما كان من ضرورته ، كما لو باع أحد التوأمين فأعتقه المشترى ثم ادعى البائع نسب الذى عنده يثبت نسب الآخر منه ، ويبطل عتق المشترى فيه للضرورة فهذا مثله .

جنايات العبد خطأ : بناء على الأصل المقرر وهو أن الرق ينافى مالكية المال أو أن الرق ينافى كمال الحال فى أهلية الكرامات وإن ذمة العبد ضعفت برقه بحيث لم تحتمل الدين نفسها كانت جنايات العبد التى ارتكبها خطأ تصير رقبته جزاء أى يصير العبد للمجنى عليه جزاء بجنايته ، والوجوب على المولى دون العبد فيقال للمولى عليك تسليم العبد بالجناية إلى وليها إلا أن يختار الفداء بالأرش فيخير المولى بين الدفع بالجناية كما وجب أو الفداء بالأرش .

رأى الشافعى : يرى الشافعية أن فى جناية العبد خطأ التى يرتكبها على الآدمى حكمها كحكم جنايته على البهيمة وإتلاف المال فيقال للمولى إما أن تؤدى أو يباع عليك العبد فيكون الوجوب على العبد فى الأصل ، وهو يبنى رأيه هذا على أن الأصل فى ضمان الجناية وجوبه أولا على الجانى وأوجب الشارع على العاقلة تحمله عنه بطريق المواساة بعذر الخطأ ، ولا عاقلة للعبد ، لأن العقل بالقرابة وقد انقطع حكمها بالرق بالإجماع ، فبقى الضمان عليه فيباع فيه ويستوفى منه بعد العتق ، فأما وجوب دفع العبد لولى الجناية فغير مشروع فى موضع على أن فى شرع الدفع تسوية بين قلة الجناية وكثرتها وهى مما يرده القياس .

وجهة نظر الحنفية : قال الحنفية : إن الواجب فى باب القتل ضمان هو صلة فى جانب وجب عليه كأنه يهب شيئاً مبتدءا لأن كون المتلف غير مال يتأتى

وجوب الضمان على المتلف ، وكون الدم مما لا ينبغى أن يهدر يوجب الحق للمتلف عليه فوجب الضمان صلة فى جانب المتلف وعوضا فى جانب المتلف عليه ، ولكونه صلة لا تصح الكفالة بالدية ، كما لا تصح ببدل الكتابة كأنها لم تجب بعد ولا يجب الزكاة فيها إلا بحول بعد القبض كأنها هبة ، ثم كون هذا الضمان صلة يمنع الوجوب على العبد لأنه ليس بأهل للصلة ، ولهذا لا يستحق عليه صلة الأقارب ، ولا يمكن أن يهب شيئا ، وإذا لم يمكن إيجابه عليه لكونه صلة ولا عاقلة له بالإجماع ليجب عليهم ولا يمكن إهدار الدم جعل الشرع رقبة العبد مقام الأرش حتى لا يكون الاستحقاق على العبد ولا يصير الدم مهدرا أيضاً إذ الأصل فى الدم أن يضمن بقدر الإمكان . ولأن فى ضمان الاستهلاك إيجاب الضمان فى ذمة العبد وهذا متعذر بالنسبة له لكون الواجب صلة فيصار إلى دفعه لمولى الجناية . إلا أن يختار مولاه الفداء فيصير الواجب عائداً إلى الأصل وهو الأرش فإنه هو الأصل فى الخطأ وعند النقل إلى الدفع لعارض الرق فاذا عاد الأمر إلى الأصل لا يبطل بالإفلاس وعند الصاحبين يصير الواجب بمعنى المحال به على المولى .

المرض

المرض : المرض حالة للبدن خارجة عن المجرى الطبيعى — ويعرف كذلك بأنه هيئة للحيوان يزول بها اعتدال الطبيعة

وعرف أهل الطب المرض بأنه هيئة غير طبيعية فى بدن الإنسان يجب عنها بالذات آفة فى الفعل . وآفة الفعل ثلاث التغير والنقصان والبطلان فالتغير أن يتخيل صوراً لا وجود لها خارجا ، والنقصان أن يضعف بصره مثلا والبطلان العمى .

حكم المرض بالنسبة للأهلية : قال الحنفية : إن المرض لا ينافى أهلية الحكم أى ثبوت الحكم ووجوبه على الإطلاق سواء كان من حقوق الله تعالى كالصلاة والزكاة أو من حقوق العباد كالقصاص ونفقة الأزواج والأولاد ولعبد ، ولا ينافى المرض أهلية العبارة ، لأنه لا يخل بالعقل ولا يمنعه عن استعماله ، ولذا صح نكاح المريض وطلاقه وإسلامه ، وانعقدت تصرفاته وجميع مايتعلق بالعبارة .

لماذا كان المرض سبباً للحجر على المريض : ولما لم يكن المرض منافيا للأهليتين أهلية الأداء وأهلية الوجوب كان ينبغى أن يجب على المريض العبادات كاملة كما تجب على الصحيح وأن لا يتعلق بماله حق الغير ، ولا يثبت الحجر عليه بسببه — لكنه لما كان سبب الموت بواسطة ترادف الآلام ، والموت عجز خالص حقيقة حكما : ليس فيه القدرة بوجه ، لهذا كان المرض من أسباب الحجر أى موجباً له بزوال القوة وانتقاصها .

لماذا كان المرض سبباً فى تعلق حق الورثة والغرماء بمال المريض :

وكما كان الموت علة لخلافة الورثة والغرماء فى المال لأن بالموت تبطل أهلية الملك فيخلفه أقرب الناس إليه والذمة تخرب بالموت فيصير المال الذى هو محل قضاء الدين مشغولا بالدين فيخلفه الغريم فى المال . لهذا كان المرض من أسباب تعلق حق الوارث والغريم بماله فى الحال لأن الحكم يثبت بقدر دليله .

حق الورثة والغرماء يبدأ من أول المرض : ولأن تعلق حق الوارث والغريم بمال المريض مرض الموت يثبت بموت المريض حقيقة فإن الحكم بالتعلق بالمال يستند إلى أول المرض لأن الحكم يستند إلى أول السبب كمن جرح رجلا خطأ ، ثم كفر قبل السراية ثم سرى يصح التكفير ، لأن وجوب التكفير حكم متعلق بالموت أى بموت القتيل فيستند إلى سبب القتل وهو الجرح فيظهر فى الآخرة أنه أدى الكفارة بعد الوجوب فيجوز فكذلك فى مسئلتنا هذه ذمة المريض مرض الموت خربت بالمرض وتعلق الدين بالمال بدلا من ذمة المريض هو حكم الموت فيستند إلى سببه وهو المرض — ويكون المرض من أسبـــاب تعلق الوارث والغريم بالمال كان من أسباب الحجر على المريض صيانة لهذا الحق .

لماذا شرعت العبادة فى حق المريض مرض الموت : المرض كما قلنا من أسباب العجز ولذا شرعت العبادات على المريض بقدر المكنة أى الطاقة يؤديها كما يقدر قائماً أو قاعداً أو مستلقيا على ماعرف فى فروع الفقه .

المقدار المحجور على المريض التصرف فيه فى المال : يحجر على المريض بالنسبة لحق ورثته أن يتصرف فى ماله فى أكثر من الثلث وأما ثلثى المال فيحجر عليه التصرف فى هذا المقدار لأنه حق الوارث منه ويحجر عليـــه فى جميع ماله

بالنسبة للغرماء إن كان الدين مستغرقاً لماله ولا يؤثر المرض فى الحجر فيما لا يتعلق به حق الغريم ، مثل ما زاد على الدين ، كما لا يؤثر المرض فى الحجر على المريض بالنسبة لورثته فيما زاد على ثلثى ما بقى من الدين أو على ثلثى جميع المال إن لم يكن عليه دين، ومثل ما يتعلق به حاجة المريض كالنفقة وأجرة الطبيب والنكاح بمهر المثل ونحو ذلك كله .

شروط الحجر بالمرض: قال الحنفية لا يحجر على المريض إلا إذا كان المرض مرض موت وذلك يثبت إذا اتصل به الموت فيكون الحجر مسنداً إلى أول المرض .ووجوا قولهم هـــذا بأن علة الحجر هى المرض المميت ، لا نفس المرض فقبل وجود الوصف لا يثبت الحجر لعدم التمام بوصفه ، وإذا اتصل بالموت صار أصل المرض موصوفاً بالأمانة والسراية إلى الموت من أوله لأن الموت يحصل بضعف القوى وترادف الآلام ، وكل جزء من المرض مضعف موجب لألم فهو بمنزلة جراحات متفرقة سرت إلى الموت فيضاف الموت إليها كلها دون الأخيرة فثم المرض علة الحجر باتصاله بالموت من حين أصل المرض الذى أضناه كالنصاب صار .متصفاً بالنماء عند تمام الحول من أول الحول ولهذا يستند الحجر إلى أصل المرض والتصرف وجد بعده فصار تصرف المحجور عليه .

الحجر لا يثبت بالشك فى سببه : وقال الحنفية إن الحجر يستند إلى سببه وهو المرض من بدء وجود هذا السبب لكن لما يعلم أن المرض هو المرض الموجب للحجر وهو مرض الموت إلا بعد أن يتصل هذا المرض بالموت كان من غير الجائز الحجر بسبب يشك فى أصل وجود سببه .

آثار هـذا الشرط ــ قال الحنفية:

ولأن سبب الحجر وهو المرض لم يعلم إلا باتصال الموت به كان كل تصرف .وقع من المريض يحتمل الفسخ فإن القول بصحته واجب للحال ثم التدارك بالنقض إن احتيج إليه مثل الهبة وبيع المحاباة وكل تصرف وقع من المريض لا يحتمل الفسخ جعل كالمتعلق بالموت كالإعتاق إذا وقع على الغريم أو الوارث بأن اعتق المريض عبداً من ماله المستغرق بالدين ، أو كان العبد تزيد قيمته على الثلث فحكم هذا التصرف حكم المدبر قبل الموت فهو عبد فى شهادته وسائر أحكامه .

وإذا لم يكن هذا التصرف واقعاً على الغريم أو الورثة بأن كان المال غير مستغرق بالدين أو كانت قيمة العبد تخرج عن ثلث المال بالنسبة لحق الورثة نفذ العتق فى الحال لعدم تعلق حق أحد به ..

أدلة الحنفيـة : قال الحنفية : إن القياس هو أن لا يملك المريض الإيصاء لأن المرض سبب تعلق حق الغير بمال المريض بدلا من تعلقه بذمته وهذا هو الحجر على تصرفاته المالية ومنها الإيصاء لأنه تبرع فكان الواجب القول بعدم صحته لكونه محجوراً عليه كما لا يصح من العبد والصبى — لكن الشرع جوز ذلك رعاية له فى حدود الثلث وذلك بقوله عليه السلام « إن الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم فى آخر أعماركم زيادة فى أعمالكم فضعوه حيث شئتم » وبقوله عليه السلام فى حديث سعد بن مالك رضى الله عنه حين قال : أفأوصى بمالى كله إلى أن قال فبثلثه فقال له : الثلث والثلث كثير لأن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس ».

ولهذا أجاز الشرع الإيصاء من المريض مرض الموت بقدر ثلث ماله إيثاراً له ومراعاة لحاله .

الإيصاء للورثة: قال الحنفية إن الإيصاء للورثة كان أولا مفوضاً إلى المريض وذلك فى ابتداء الإسلام وذلك بقوله تعالى « كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف » وقد كان يجرى فى ذلك ميل إلى البعض ومضارة للبعض فنسخ ذلك بقوله تعالى « يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين » وقد بين النبى (ص) ذلك بقوله : « إن الله تعالى قد أعطى كل ذى حق حقه ألا لا وصية لوارث » وبذلك أبطل الله ونسخ إيصاء المريض لورثته بتوليه بنفسه الإيصاء لهم ،وذلك لعجز العبد عن حسن التدبير فى مقدار ما يوصى به لكل واحد لجهله بذلك كما قال تعالى « لا تدرون أيهم أقرب لكم نفعاً » أو لقصده مضارة البعض كما وقعت الإشارة إليه فى قوله تعالى « غير مضار وصية من الله » . وكان هذا النسخ نسخ تحويل كنسخ القبلة إلى الكعبة .

بيع المريض لوارثه وإقراره له : حجر الشرع على المريض إيصال النفع لوارثه من ماله فى حالة مرضه وبهذا الحجر صارت صورة إيصال النفع ، ومعناه ، وحقيقته

وشبهته سواء لأن الصورة والشبهة ملحقتان بالحقيقة فى موضع التحريم فمثال الصورة بيع المريض من الوارث شيئا من أعيان التركة فإنه لا يصح أصلا عند أبى حنيفة رحمه الله سواء كان بمثل القيمة أو لم يكن .

رأى الصاحبين : يرى الصاحبان أن بيع المريض من الوارث شيئا من أعيان التركة يصح إذا كان بمثل القيمة لأنه ليس فى تصرفه إبطال حق الورثة عن شىء مما يتعلق حقهم به وهو المالية فكان الوارث والأجنبى فيه سواء — يوضح ذلك أنه كما كان ممنوعا من الوصية للوارث كان ممنوعا من الوصية بما زاد على الثلث للأجنبى ثم البيع بمثل القيمة من الأجنبى فى جميع ماله صحيح ولا يكون ذلك وصية بشىء فكذلك مع بيعه مع الوارث بمثل القيمة قياسا على بيعه للأجنبى بمثل القيمة .

وجهة نظر أبى حنيفة : يرى أبو حنيفة رحمه الله أن المريض فى بيعه شيئاً من التركة ولو بمثل القيمة يكون قد آثر بعض ورثته بعين من أعيان ماله بقوله وهو محجور عليه فى ذلك لحق الورثة جميعا فلا يجوز البيع لأحدهم لما ذكر كما لو أوصى بأن يعطى أحد ورثته هذه الدار بنصيبه من الميراث بحق الورثة كما يتعلق بالمالية يتعلق بالعين فيما بينهم حتى لو أراد بعضهم أن يجعل شيئاً لنفسه بنصيبه من الميراث لا يملك ذلك بدون رضاء سائر الورثة فلذلك يمتنع بيعه منه بمثل القيمة وبأكثر — على أن البيع للوارث هو إيصاء له صورة من حيث أنه ايثاره بالعين وإن لم يكن إيصاء معنى لاسترداد العوض منه ولهذا لا يصح .

رد ما قاله الصاحبان : وقال أبو حنيفة : إن قياس البيع للوارث على البيع للأجنبى بمثل القيمة قياس مع الفارق لأن المريض غير ممنوع من التصرف مع الأجنبى فيما يرجع إلى العين ، وإنما هو ممنوع من إبطال حق الورثة بشىء من ماله[1] .

---

(١) كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوى ج ٤ ص ٣٠٨ — ٣٠٩ .

أقارير المريض مرض الموت

الإقرار بالدين لوارثه:

رأى الحنفية : يرى الحنفية أن إقرار المريض بعين أو بدين لوارثه لا يصح .

رأى الشافعية : أما الشافعية فيرون إن الإقرار من المريض مرض الموت لوارثه هو إقرار صحيح سواء كان إقراراً له بدين أو بعين فالإقرار هنا كإقراره له فى حال صحته .

ووجه الشافعية قولهم هـــذا بأن الحجر على المريض مرض الموت بسبب المرض إنما ثبت فيما زاد عن التبرع بما زاد على الثلث إذا كان إقراره لأجنبي عنه ، أما بالنسبة للوارث فهو ممنوع من التبرع له أصلا وهو فى حال مرضه مرض الموت . إما ماعدا هاتين الحالتين فلا حجر عليه فى تصرفاته التى يبغى بها فكاك رقبته وتبرأة ذمته . فهو مثلا ليس بممنوع من الإقرار بالوارث مع أن فيـــه إضراراً بالورثة المعروفين ، واتفق على أن إقراره بالوارث إقرار صحيح ، فكذلك يصح إقراره لوارثه بدين له عليه .

وجهة نظر الحنفية : قال الحنفية : إن إقرار المريض حال مرضه بدين لوارثه هو إقرار فيه تهمة الكذب ، إذ من الجائز أن يكون غرضه فى هذا الإقرار هو إيصال مقدار المال المقر به إلى الوارث بغير عوض ، فيكون هذا الإقرار بمثابة وصية للوارث من حيث المعنى ، أى أنه إقرار صورة ووصية معنى وهذا حرام لأن شبهة الحرام حرام .

وقال الحنفية : إن الإقرار وإن كان إخباراً بحق فقد جعل كالإيجاب من وجه ولهذا كان من أقر لإنسان بجارية لا يستحق أولادها لأنه أوجب له الجارية فقط دون أولادها ، وإذا كان الإقرار المعتبر إخباراً هو كالإيجاب من وجه فإقرار المريض بدين لوارثه هو إيجاب مال له لا يقابله مال . ! ! والمريض ممنوع عن مثل هذا التصرف مع الوارث أصلا . لهذا رجحنا جانب الإيجاب على الأخبار

فى إقرار المريض لوارثه بدين ورجحنا جانب الإخبار إذا كان الإقرار لأجنبى عن المقر المريض وصححناه فى جميع المال .

وقال الحنفية : إن قياس إقرار المريض بدين لوارثه على إقراره بوارث والحكم بصحته لذلك قياس مع الفارق !! لأن الإقرار بالوارث لم يلاق محلا يتعلق به فى حق الورثة مع أن النسب من الحوائج الأصلية فيكون مقدما على حق الورثة فاختلف الإقراران(١) .

إقرار المريض باستيفاء دينه الذى له على الوارث منه : يرى الحنفية أيضاً عدم صحة الإقرار الصادر من المريض مرض الموت باستيفائه دينه الذى له على الوارث منه ، وإن لزم الوارث الدين فى حال صحة المقر لأن هذا إيصاء له بمالية الدين من حيث المعنى فإنها تسلم له بغير عوض .

رأى لأبى يوسف : روى عن أبى يوسف رحمه الله أنه إذا أقر باستيفاء دين كان له على الوارث فى حال الصحة فإنه يصح هذا الإقرار — وعلل لقوله هذا بأن الوارث لما عامل مورثه فى الصحة فقد استحق براءة ذمته عند إقراره باستيفاء الدين منه ، فلا يتغير ذلك الاستحقاق بمرضه ، ومثل ذلك قد جرى القول به فى المـــذهب فإن المريض مرض الموت لو كان له دين على أجنبى فأقر باستيفائه منه فى مرضه كان هذا الإقرار صحيحا فى حق غرماء الصحة .

الرد على ما قاله أبو يوسف : رد أبو حنيفه ومن معه على رأى أبى يوسف وما استدل به فقالوا : إن إقرار المريض مرض الموت باستيفاء الدين هو فى الواقع إقرار بالدين للوارث ، لأن الديون تقضى بأمثالها ، فيجب للمديون على صاحب الدين عند القبض مثل ما كان له عليه ثم يصير قصاصا بدينه ، فكان هذا الإقرار بمثابة إقرار بالدين فلا يصح .

أما اقراره باستيفائه دينه الذى له على الأجنبى فلا يقاس عليه إقراره للوارث

---

(١) كشف الأسرار عن أصول فخر الاسلام البزدوى ج ٤ ص ٣٠٩-٣١٢

باستيفائه دينه منه لأن المنع من صحة الإقرار بالديون بالنسبة لديون الصحة هو لحق غرماء الصحة ، وحق الغرماء عند المرض لا يتعلق بالدين إنما يتعلق بما يمكن استيفاء ديونه منه فلم يصادف إقراره باستيفاء الدين من الأجنبي محلا تعلق حقهم به . بخلاف حق الورثة فإن حقهم تعلق بالدين والعين جميعا ؛ لأن الوراثة خلافة . والمنع من جواز الإقرار لوارث بدين إنما كان سببه الحفاظ على حق الورثة ، فاقراره فى هذه الحالة باستيفاء دينه من أحد الورثة هو كالإقرار بالدين لأنه إقرار يصادف محلا هو مشغول بحق الورثة فلا يجوز مطلقا .

وشبهة الحرام تمنع من صحة الاقرار فى هذه الحالة فاذا باع المريض مرض الموت لوارثه حنطة جيدة بحنطة رديئة أو فضة جيدة بفضة رديئة ، فان هذا البيع لا يصح لأن فى هـذا شبهة الوصية بالجودة وهذا يفهم من عدوله عن البيع بمثل الجنس إلى خلافه يدل على أن غرضه هو إيصال منفعة الجودة إليـــه فإنها لا تتقوم عند المقابلة بالجنس ، لـكنها هنا تتقوم فى حقه دفعا للضرر عن الورثة فإن حقهم تعلق بالأصل والوصف معاً كما تقومت فى حق الصغار دفعا للضرر عنهم فإن الأب أو الوصى لو باع مال الصغير من نفسه أو من غيره تتقوم الجودة فيه حتى لم يجز له بيع الجيد من ماله بالردئ من جنسه أصلا فـكـذلك هنا فى حالة المريض مرض الموت .

ديون الله إذا أداها المريض : قال الحنفية : إن المريض مرض الموت محجور عليه عن تقديم الهبات المالية والصدقات والمحاباة وأى تصرف هو صلة إلا فى حدود الثلث لتعلق حق الورثة بماله عينا ودينا فهو محجور عن الصلة فيما وراء الثلث.

لـكن ما يجب لله تعالى خاصا من الحقوق المالية إن أداه بنفسه فى مرضه يعتبر من الثلث سواء وجبت مالا من الابتداء كالزكاة ، وصدقة الفطر ، أو صارت مالا بسبب العجز كالفدية فى الصلاة والصوم ، والإنفاق فى الحج .

وإن لم يؤد المريض ما وجب عليه حقا لله تعالى بنفسه فإنه لا يصير دينا فى التركة بعد موته مقدما على الميراث . لـكن إن أوصى به ينفذ من الثلث كسائر التبرعات ، وإن لم يوص به يسقط فى أحكام الدنيا . وإن كان مؤاخذا به فى الآخرة (١) .

(١) المصدر السابق .

رأى الشافعى : يرى الشافعية أن المريض مرض الموت إذا أدى ما عليه من ديون خالصة لله تعالى أداها بنفسه فإنها تنفذ من جميع المال ، وإن لم يؤدها بنفسه تصير دينا فى جميع التركة مقدما على الميراث والوصية كديون العباد ، أوصى بذلك أو لم يوص .

وجهة نظر الشافعية : احتج الشافعية بحديث الخثعمية فإنه عليه الصلاة والسلام شبه فيه دين الله تعالى بدين العباد بقوله صلوات الله وسلامه عليه : «أرأيت لو كان على أبيك دين أكنت تقضينه» الحديث ؟؟ ودين العباد يقضى من جميع التركة مقدما على الميراث فكذا دين الله تعالى .

وقال الشافعية : إن ما على المريض من حقوق خالصة لله تعالى هى ديون كان مطالبا بها فى حياته وتجرى النيابة فى أدائها عنه وفى ابقائها ، فتستوفى هذه الديون من تركته بعد وفاته كديون العباد ، فالمال خلف عن الذمة بعد الموت فى الحقوق التى تقضى بالمال ، والوارث قائم مقام المورث فى أداء مايجرى النيابة فى أدائه ، فكما يقوم الوارث مقام المورث فى أداء ما عليه من ديون لله تعالى إذا أوصى بها المورث قبل موته ، فإنه كذلك يقوم مقامه فى الأداء ، قبل الإيصاء .

دليل الحنفية : قال الحنفية : إن المال قد خرج بموت المريض مرض الموت خرج من ملكه وصار ملكا للوارث ، ولم يجب على الوارث شىء ليؤخذ ملكه به ، فلا يصير دينا فى التركة .

والمعروف أن حق الله تعالى إذا اجتمع مع حق العبد فى محل يقدم حق العبد !! والواجب فى حقوق الله تعالى هو فعل الإيتاء ، لا نفس المال ، ولا يصلح فيه قامة المال مقام الذمة بعد الموت ، كذلك لا يمكن أن يجعل الوارث نائبا فى الأداء أى أداء ما وجب عليه حقا خالصا لله تعالى لأن الواجب عبادة ، فلا بد فيه من فعل ممن يجب عليه حقيقة أو حكما — وخلافة الوارث تثبت جبرا بدون اختيار من المورث ، وبمثلها لا يتأدى ما هو عبادة .

واستيفاء الواجب لا يجوز إلا من الوجه الذى وجب ، فإذا لم يمكن إيجابه من ذلك الوجه لم يبق أصلا إلا أن يوصى به فيكون نظير وصيته بسائر التبرعات فينفذ من الثلث(١) .

قال صاحب المرآة : ومنها المرض وهو لا ينافى الأهلية لكنه يوجب العجز فشرعت العبادات معه بقدر المكنة ، وكان ينبغى أن لا يتعلق بماله حق الغير ، ولا يثبت الحجر عليه بسببه ، لكنه إذا ظهر أنه سبب موت هو علة لخلافة الوارث ، والغريم فى المال فكان المرض سبب تعلق حق الوارث والغريم ، لأن أهلية الملك تبطل بالموت فيخلفه أقرب الناس إليه ، والذمة تزول بالموت فيصير المال الذى هو محل قضاء الدين مشغولا بالدين فيخلفه الغريم فى المال فيوجب المرض الحجر على المريض إذا اتصل المرض بالموت ويكون الحجر مستنداً إلى أول المرض فإن الموجب للحجر مرض هو سبب للموت(٢).

---

(١) المصدر السابق .

(٢) مرآة الأصول فى شرح مرقاة الوصول ص ٣٣٨ — ٣٤٠

الحيض والنفاس

من عوارض الأهلية الحيض .

الحيض : فى اللغة الدم الخارج من القبل .

الحيض واصطلاح الشارع : الحيض شرعا هو دم ينفضه رحم بالغة لا داء بها ولا صغر فخرج دم الاستحاضة لأنه دم عرق لا دم رحم وما تراه بنت سبع سنين — والرعاف والدماء الخارجة عن الجراحات .

النفاس : هو الدم الخارج من الرحم عقيب الولادة فخرج الاستحاضة ، والحيض ، ودم مابين ولادتى بطن واحد على مذهب البعض .

والحيض والنفاس لايعدمان أهلية الوجوب ولا أهلية الاداء لبقاء الذمة ، والعقل ، وقدرة البدن إلا أنه ثبت بالنص أن الطهارة عنهما شرط للصلاة وللصوم — ودفعا للحرج سقط عن الحائض والنفساء قضاء الصلاة دون الصوم إذ لاحرج فى قضائه لأن الحيض لايستوعب الشهر والنفاس يندر فيه فلم يسقط إلا وجوب الأداء ولزم القضاء بخلاف الصلاة . فقد روى أن النبى (ص) قال : « الحايض تدع الصوم والصلاة فى أيام إقرائها » .

وروى عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت لامرأة سألتها ما بالنا نقضى الصوم ولا نقضى الصلاة فى الحيض ؟ قالت عائشة :أحرورية أنت ؟ !! كنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم نقضى الصوم ولا نقضى الصلاة .

وهذا كله خلاف القياس ، لأن الصوم يتأدى مع الحدث ، والجنابة بالاتفاق فيجوز أن يتأدى مع الحيض والنفاس أيضاً لولا النص فيؤثر اشتراط الطهارة فى المنع من الأداء دون القضاء للنص ودفعاً للحرج كان على النفساء أن تقضى الصلاة دون الحائض . وكان عليهما أى النفساء والحائض قضاء الصوم ، لأن الحيض لايزيد على عشرة أيام ولياليها . والنفاس يندر فيه الصوم[1] .

---

(١) المراجع السابقة .

الموت

الموت ضد الحياة وهو أمر وجودى عند أهل السنة لقوله تعالى : « الذى خلق الموت والحياة » والموت موجب للعجز لا محالة لفوات شرط القدرة وهى الحياة فالموت عجز كله بمعنى أنه ليس فيه جهة القدرة بأى وجـــه من الوجوه . وهو مناف لأهلية أحكام الدنيا ممـا فيه تكليف ، لأن التكليف بأحكام الدنيا يعتمد القدرة ، فإذا تحقق العجز اللازم الذى لا يرجى زواله سقط التكليف بها فى الدنيا ضرورة . وهو الأداء عن اختيار ليحصل الابتلاء بالنسبة إلى المكلف من حيث الظاهر ، وقد فات ذلك بالموت .

أما بالنسبة إلى صاحب الشرع فالمقصود من التكليف تحقق الابتلاء ليظهر ماعلم على ما علم مع بقاء اختيار العبد فيكون مبتلى بين أن يفعله باختياره فيثاب به ، وبين أن يتركه باختياره فيعاقب عليه — ولفوات الغرض وهو الأداء عن اختيار . قال الحنفية :

إن الزكاة تسقط عن الميت فى حكم الدنيا فلا يجب أداؤها من التركة وذلك بناء على أن الفعل وهو الأداء هو المقصود من الشارع فى حقوق الله تعالى لا نفس المال المؤدى زكاة .

وكذلك يرى الحنفية سقوط سائر القرب بموت من كاف الفعل ليتقرب به إلى الله تعالى ، ولكنه يبقى عليه المأثم لا غير لأن الإثم من أحكام الآخرة — والميت ملحق بالأحياء فى أحكام الآخرة لأن القبر للميت بالنسبة إلى أحكام الآخرة(١)

---

(١) قال صاحب المرآة وأحكام الآخرة أنواع أربعة الأول ما يجب للميت على غيره بسبب ظلم الغير له ، إما فى ماله أو فى نفسه أو عرضه . الثانى ما يجب للغير عليه من الحقوق بسبب ظلمه للغير . الثالث ما يلقاه من الثواب والكرامة بسبب الإيمان والطاعات : الرابع ما يلقاه من الآلام والفضايح بسبب المعاصى وارتكاب القبايح « مرآة الأصول ص ٣٤١ » .

كالرحم والمهد للطفل بالنسبة إلى حياة الدنيا من حيث أن الميت وضع فيه للخروج والحياة بعد الفناء ، وكأن له فيه حكم الأحياء فيما يرجع إلى أحكام الآخرة كما أن الجنين حكم الأحياء فيما يرجع إلى أحكام الدنيا ولذا يصح له الوصية ، ويوقف له الميراث .

وقال الشافعية : لا تسقط الزكاة عن الميت لأن المقصود منها هو المال لا الفعل حتى لو ظفر الفقير بمال الزكاة كان له أن يأخذ مقدار الزكاة ، وسقط الزكاة به كما فى دين العباد(١) .

تأثير المـــوت على الأحكام الدنيوية بالنسبة للميت : أحكام الدنيا أنواع أربعة هى :

١ — ماهو من باب التكليف ٢ — ما شرع على المكلف لحاجة غيره
٣ — ماشرع له لحاجته ٤ — مالا يصلح لقضاء حاجته .

أما القسم الأول: فقد سقط عن الميت للأسباب السابق ذكرها فقد فات الغرض من التكليف بها بالموت إذ الغرض هو الأداء عن اختيار .

أما القسم الثانى : فإن كان حقاً متعلقا بالعين فإنه يبقى ببقائه كالمرهون ، والمستأجر والمغصوب والمبيع ، والوديعة فإن هذا الحق يبقى ببقاء العين ، لأن فعل العبد فى العين غير مقصود إذ المقصود فى حقوق العباد هو المال والفعل تبع لتعلق حوائج العباد بالمال .

وإذا كان الأمر كذلك فإن هذا الحق الذى شرع عليه لحاجة غيره والمتعلق بعين من الأعيان يبقى هذا الحق فى العين بعد موت من كانت العين فى يده لحصول المقصود وإن فات الفعل منه إذا كان الحق غير متعلق بعين :

أما إذا كان الحق غير متعلق بالعين بل كان متعلقا بالذمة فالأمر فى هذه الحالة

---

(١) كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوى ج ٤ ص ٣١٣ .

لايخلو من أن يكون وجوبه بطريق الصلة كالنفقة أو لم يكن كالديون الواجبة قرب المعاوضة . ! !

فإن كان الحق واجبا بطريق المعاوضة بأن كان دينا لم يبق هذا الحق فى الذمة حتى يضم إليها مال أو مايؤكد به الذمم وهو ذمة الكفيل لأن ذمة الميت أضعف من ذمة الرقيق التى أضعفها الرق لأن الرق يرجى زواله غالبا أما الموت فلا يرجى زواله . ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله : أن الكفالة عن الميت المفلس لاتصح ، لأن الذمة لماخربت أو ضعفت بالموت بحيث لاتحتمل الدين بنفسها صار الدين كالساقط فى أحكام الدنيا لفوات محله وإن بقى فى أحكام الآخرة .

ووضح أبو حنيفة رأيه فقال : إن الذمة ثابتة للإنسان بكونه مخاطبا متحملا أمانة الله عز وجل وبالموت خرج من أهلية الخطاب والتحمل لعدم صلاحه لهما فعرفنا أن ذمة الميت بالموت لم تبق صالحة لوجوب الحقوق فى أحكام الدنيا وإن بقيت فى أحكام الآخرة لكون الميت معداً لحياة الآخرة كالجنين معد للحياة الدنيا .

ويوضح مافلناه من أن ذمة الميت بالموت أصبحت غير صالحة لوجوب الحقوق فى أحكام الدنيا أنها لم تبق صالحة لتكون محلا لوجوب الحقوق فيها ابتداء ، ومايشترط فيه المحل ابتداء يشترط فيه لبقاء الحق وجود هذا المحل . لأن مايرجع إلى المحل الابتداء والبقاء فيه سواء ، فثبت أن الدين لم يبق فى أحكام الدنيا لعدم محله .

وقال أبو حنيفه : إن الدين وصف شرعى يظهر أثره فى توجه المطالبة ، وقد سقطت المطالبة هنا لاستحالة مطالبة الميت بالدين وعدم جواز مطالبة غيره إذا لم يبق مال يؤمر الوارث أو الوصى بالأداء منه ، ولاكفيل يطالب به ، والكفالة شرعت لالتزام المطالبة بما على الأصيل لا لالتزام أصل الدين بدليل بقاء الدين بعد الكفالة على الأصيل كما كان قبلها ، واستحالة حلول الشىء الواحد فى محلين فى

وقت واحد ، وقد عدمت المطالبة هنا بالنسبة للميت (المكفول عنه) فلا يصح التزام المطالبة بعد سقوطها .

وقال أبو حنيفة : إن دين الميت فى حكم المطالبة به هو دون دين الكتابة إذ المكاتب يطالب بالمال وإن كان لا يحبس فيه . ودين المكاتب لا تصح الكفالة لأنها سوف تؤدى إلى أن يكون ما على الكفيل أزيد مما على الأصيل . ودين الميت أولى من دين المكاتب فى عدم صحة الكفالة فيه إذا لم يكن للميت مال لأنها تؤدى إلى أن يلزم الكفيل ما ليس على الأصيل أصلا .

ولا يعترض على ما تقدم من أن العبد المحجور عليه إذا أقر بدين غير مطالب به حالا وكفله عنه رجل صحت الكفالة فكذا دين الميت المفلس تصح الكفالة فيه — فهذا الاعتراض مردود لأنه قياس مع الفارق .

فذمة العبد المحجور عليه فى حق نفسه كاملة لأنه حى عاقل بالغ مكلف فتكون ذمته محلا للدين والمطالبة ثابتة إذ لا يتصور أن يصدقه المولى فيطالب به فى الحال ويتصور أن يعتقه مولاه فيطالب به بعد العتق فتصورت المطالبة فى الحال وفى ثانى الحال بقيت المطالبة مستحقة عليه فيصح التزامها بعقد الكفالة . . وهذا بخلاف الميت المديون .

رأى أبى يوسف ومحمد والشافعى : قال أبو يوسف ومحمد صاحبا أبى حنيفة رحمهما الله كما قال الشافعى رحمه الله : إن الكفالة عن الميت المفلس كفالة صحيحة ، فمن مات وعليه دين ولا مال له ولا كفيل بالدين تصح الكفالة عنه ، لأن الدين واجب عليه بعد الموت إذ الموت لم يشرع مبرئا للحقوق الواجبة على الميت ، ولا مبطلا لها ألا ترى أنه لو خلف كفيلا بالدين ثم كفل به إنسان بعد موته صحت الكفالة؟ ولو كان موته مفلسا يوجب سقوط الدين عنه لما صحت الكفالة بعد الموت وإن كان به كفيلا ؟ لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل .

وقالوا أيضاً : إن الميت أهل لوجوب الدين عليه ابتداء فإنه لو حفر بئرا

فى الطريق فتلف فيها مال أو إنسان بعد موته فإنه يجب الضمان على الميت فمن باب أولى أن يبقى الدين الواجب عليه فى حياته . ويتضح من ذلك أن الدين باق فى ذمة الميت بعد الموت ، وهو واجب التسليم ، والإيفاء موصوف بأنه مطالب به حقاً للمدعى . ولهذا يطالب به فى الآخرة بالإجماع ، ولو ظهر له مال يطالب بأدائه فى الحال . ولو تبرع أحد عن الميت بالأداء يثبت حق الاستيفاء وهو فوق المطالبة . إذ الإستيفاء هو المطلوب من المطالبة .

وقالوا : إنه ما دام حق الاستيفاء للدين من الميت المدين باقياً وثابتاً فتكون المطالبة بالدين باقية ومملوكة للدائنين ، لكن حصل مانع من مطالبة المدين الأصيل لموته ولإفلاسه وعدم قدرته على الأداء ، مثله فى ذلك مثل درة لإنسان أسقطها آخر فى البحر كانت مملوكة لصاحبها ولا يأخذها للعجز . والعجز عن المطالبة لا يمنع صحة الكفالة ، كما لو كفل إنسان آخر مفلسا وهو على قيد الحياة ، وكما لو كان الدين مؤجلا .

وقالوا : أن جميع ما قلنا تؤيده سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد روى أن النبى صلى الله عليه وسلم : أتى بجنازة رجل من الأنصار فقال لأصحابه : هل على صاحبكم دين ؟ فقالوا نعم . درهمان أو ديناران . ! فامتنع الرسول صلى الله عليه وسلم عن الصلاة عليه . فقال على وأبو قتادة رضى الله عنهما : هما على يا رسول الله . فصلى عليه . . .

فالحديث يوضح بجلاء لا غموض فيه أن الكفالة بدين الميت كفالة صحيحة شرعاً لأنه إذا لم تصح الكفالة لما صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم على الميت بعد تكفل كل من على وقتادة بأداء ما عليه من دين ، لأن المانع كان هو الدين . ومتى لم تصح الكفالة لم يتغير حكمه فبقى ما نعا .

رد أبى حنيفة على ما قاله الصاحبان والشافعى : وقد رد على ما قاله الصاحبان والشافعى : بأن دين الميت هو دين لا مطالب له لسقوطه بالموت لعدم المحل « الذمة » فلا يمكن المطالبة به لعدمه لا لعجز فى المطالبة كما تقولون .

أما الدرة الساقطة فى البحر التى ذكرتموها كمثال لوجود الملك مع العجز عن أخذها فإن هذا يختلف الأمر فيها عن الدين الذى على الميت لأن العجز من المالك للدرة الساقطة فى البحر عن أخذها هو لمعنى فينا لا لأنها غير ممكن الأخذ فى نفسها فاختلف الأمران .

والكفالة عن المفلس الحى يختلف عن الكفالة عن الميت المفلس فالأول له ذمة كاملة محتملة للدين بنفسها فيبقى الدين مستحق المطالبة كما كان إذ لا يستحيل مطالبة المفلس خصوصاً عند أبى حنيفة رحمه الله لأن الإفلاس لا يتحقق عنده فتصح الكفالة .

أما ما ذكر من قياس دين الميت بالدين المؤجل فهو أيضاً قياس مع الفارق لأن المطالبة فى الدين المؤجل مستحقة على سبيل التأجيل فيصح التزامها بعقد الكفالة . أما دين الميت فلا .

وقال أبو حنيفة : إن الاستدلال بالحديث الذى فيه أن الرسول امتنع عن الصلاة على رجل من الأنصار لأنه كان مديناً فلما كفله على وقتادة صلى عليه رسول الله هو استدلال غير صحيح إذ ليس فى الحديث أنه لم يكن هناك مال للميت ، ويحتمل أنه قد كان ، وعرفه النبى صلى الله عليه وسلم . وليس فيه أيضاً أن هذه كفالة صحيحة مبتدأة على وجه يبتنى عليه أحكام الكفالة من توجه المطالبة ، والملازمة ، والحبس ، والجبر على القضاء ، بل احتمل الإقرار ، واحتمل العدة وهى أقرب الوجوه لأن الكفالة لا تصح للغائب عند الأكثر ، ولا تصح أيضاً المجهول بلا خلاف ، وكأن النبى صلى الله عليه وسلم كما كان يتبين بالمال لأن الظاهر هو إمكان القضاء قبل الهلاك .

قال أبو حنيفة : إن ذمة الميت ضعفت أو خربت بموته فيسقط عنه الديون ضرورة لتعذر إيجابها عليه ولهذا صح أن تضاف الديون والضمان إليه بفعل تم فى حياته ونتج عنه تلف مال أو إنسان بعد موته فيلزم ضمان النفس على عاقلته ، وضمان المال فى ماله مع أنه لم يبق أهلا لوجوب الحقوق عليه لكن صح الضمان عليه هنا لأن سبب الضمان وجد منه فى حال حياته ، وأمكن إسناد الوجوب إلى

أول السبب ، وهو فى وقت كانت الذمة صالحة الوجوب فى ذلك الوقت فوجب القول بالضمان لاندفاع الضرورة المانعة عن الإيجاب بإمكان إسناده إلى حال كمال الذمة . . . ولأن الذمة ضعيفة إذا تقوت احتملت الضمان وصح الضمان عن الميت وذلك فى حالة ما إذا خلف الميت مالا أو ترك كفيلا فى المال تقوية للذمة لأنه محل الاستيفاء الذى هو المقصود من الوجوب . فيبقى الدين ببقائه فتصح الكفالة .

وكذلك إذا ترك كفيلا لأن ذمة الكفيل لما انضمت إلى ذمة الأصيل فى تحمل المطالبة تقوت ذمته بعـد موته ببقاء ذمة الكفيل فيبقى الدين فى ذمته فتصح الكفالة[1] .

الحقوق الواجبة للعباد على الميت بطريق الصلة : إذا كان ما وجب على الميت لحاجة الغير مشروعاً عليه بطريق الصلة ، كنفقة المحارم ، والزكاة ، وصدقة الفطر فإنها تبطل بالموت أى تسقط بموت من وجبت عليه، لأن ضعف الذمة بالموت فوق ضعفها بالرق ، والرق يمنع وجوب هذه الحقوق فضعف الذمة بالموت أولى إلا أن يوصى الميت بهذه الحقوق قبل أن يموت فيصح من الثلث لأن الشرع جوز تصرفه فى حدود الثلث نظراً له ونفع الوصية راجع إليه فيجب تصحيحها نظراً له .

الحكم الذى شرع للعبد : يرى الحنفية أن الموت لا يسقط ما شرع لحاجة العبد لأنه مخلوق محتاج والموت عجز فلا ينافى الحاجة فيبقى ما يحتاج إليه على حكم ملكه ولذا قدم جهازه على ديونه ، لأن الحاجة إلى التجهيز أقوى منها إليها كما أن لباسه حال حياته مقدم على ديونه .

وهذا التقديم إذا لم يكن حق الغير متعلقاً بالعين ، أما إذا كان كالمرهون فصاحب الحق أولى بالعين من صرفها إلى التجهيز .

ثم تقدم ديون الميت على وصاياه لأنه أهم من الوصية لأن الدين حائل بينه وبين ربه . ثم تقدم وصاياه من ثلث ماله قبل أن ينقسم ماله بين الورثة ، لأن

---

(١) راجع كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام جـ ٤ ص ٣١٥ — ٣١٧

الشارع قطع حق الوارث فى الثلث لحاجة المورث إلى تدارك ما فاته وقصر فيه حال حياته ، وهذه الحاجة أقوى من خلافة الوارث عنه فى المال وقد نص على ذلك قول الله تعالى « من بعد وصية يوصى بها أو دين » .

ثم يقسم ماله بين الورثة بطريق الخلافة عنه لان الوارث أقرب الناس إليه فانتفاع قريبه بماله كانتفاع نفسه به حتى لو أحياه الله تعالى فما وجده فى يد ورثته من ماله بعينه أخذه لأن الوارث خلف عنه فى الملك فإذا وجد الأصل بطل حكم الخلف . ولكن إنما يعود إلى ملكه بقضاء أو رضاء . بخلاف ما إذا أزاله الوارث عن ملكه ، أو أتلفه لانه أزال ملكه وأتلف مال نفسه لأنه صار له بموته .

ما لا يصلح لحاجة الميت هل يبقى على ملكه بعد موته : يرى الحنفية أن الحقوق التى لا يحتاج إليها الميت بعد موته فإنها لا تبقى له بعد موته بل تجب للورثة ابتداء ومثلوا لذلك بحق القصاص فإنه حق شرع لتشفى الصدور ودرك الثأر ، والميت غير محتاج إليه وإنه لا يصلح لقضاء حوائجه من قضاء ديونه وتنفيذ وصاياه فيجب للورثة ابتداء وأن العقد سببه له لأن المتلف حياته وكان ينتفع بها أكثر من انتفاع أوليائه بها .

ولأن القصاص وجب للورثة ابتداء لأن المقتول خرج بموته عن أهلية الوجوب له فوجب أن يكون الحق الولى القائم مقامه. يؤيد ذلك قوله تعالى « ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً » . فقد جعل النص القصاص للولى ابتداء فلم يكن الوارث خليفة عن الميت فى القصاص ، ولذا صح عفوه حال حياة المورث ، لا كما لو أبرأ الوارث غريم المورث عن الدين حال حياته ، ولأن الغرض من شرع القصاص كان درك الثأر وأن يسلم حياة الاولياء والعشائر إذ لو لم يقتل القاتل يقصد قتلهم ، وذلك أمر يرجع إليهم لذا كان القصاص حق الورثة ابتداء وصح القصاص بحضور أحدهم لان القصاص لا يتجزأ إذ لا يمكن إزالة الحياة عن بعض الحياة دون البعض فيثبت فى حق كل واحد كاملا واستيفاء أحدهم له يسقط حق الآخرين فى القصاص لكن إذا كان فى الاخوة غائب كبير فلا يستوفى إلا بحضوره لجواز أن يعفو ورجحان العفو هنا لأنه مندوب إليه — ويصح عفو الورثة عن القاتل قبل موت القتيل لانه حق ثابت له ابتداء .

والقصاص لا يورث عند أبي حنيفة على وجه يجرى فيه سهام الورثة بل يثبت ابتداء لهم ولذا لاينتصب أحدهم خصما عن الآخر الكن إذا انقلب القصاص مالا إما بالصلح أو بعفو بعض الورثة ، أو بشبهة فحينئذ يثبت للمقتول ابتداء ثم ينتقل منه إلى ورثته بطريق الخلافة عنه[١]

فتقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه لأن الأصل فى القصاص أيضاً أنه يجب للميت لأنه واجب بمقابلة تفويت دمه وحياته إلا أن الورثة ثبت لهم القصاص ابتداء لمانع حصل بمورثهم وهو أن هـــذا الحق لا يصلح لحاجة الميت إليه بعد انقضاء حياته ، وخلفاء المقتول ليس فيهم هذا المانع لكن السبب انعقد للميت ولذا صح بهذا الاعتبار عفو المورث وإن كان القصاص وجب ابتداء لورثته[٢] .

---

(١) مرآة الأصول فى شرح مرقاة الوصول للاخسرو .

(٢) المصدر السابق .

عوارض الأهلية المكتسبة

العوارض المكتسبة هى الأمور التى يكون لكسب العباد مدخل فيها بمباشرة أسبابها كالسكر أو بالتقاعد عن المزيل كالجهل .

والعوارض المكتسبة نوعان : من المرء على نفسه ، ومن غيره عليه .

النوع الأول : العوارض التى من جهة العبد فهى الجهل ، والسكر ، والهزل ، والسفه ، والخطأ ، والسفر .

النوع الثانى : أما العوارض التى من غيره عليه فهى الإكراه .

الجهل [1]

ما هو الجهل : قيل الجهل اعتقاد الشىء على خلاف ما هو به — وقيل : هو صفة تضاد العلم عند احتماله وتصوره .

قال السيد الإمام أبو القاسم رحمه الله فى كتاب رياضة الأخلاق : الجهل يذكر ويراد به عدم الشعور ، ويذكر ويراد به الشعور بالشىء على خلاف ما هو به . ويذكر ويراد به السفه قال تعالى : « وأعرض عن الجاهلين » .

وقال عمرو بن كلثوم :

ألا لا يجهلن أحد علينا   فنجهل فوق جهل الجاهلينا

هذا وقد جعل الجهل من العوارض التى تعترض أهلية المكلف وإن كان

---

(١) الجهل وهو عدم العلم عما من شأنه إن كان مع اعتقاد النقيض فهو جهل مركب وإلا فبسيط وهو بحسب هذا المقام ينقسم إلى الأربعة أقسام المذكورة .
(راجع شرح مرآة الأصول فى شرح مرقاة الوصول ص ٣٤٨ — ٣٤٩) .

أمراً أصلياً لأنه أمر زائد على حقيقة الإنسان وثابت فى حال دون حال الصغر . وهو أمر مكتسب لأن إزالته باكتساب العلم فى قدرة العبد ، فكان ترك تحصيل العلم منه اختياراً بمنزلة اكتساب الجهل باختيار إبقائه فكان مكتسباً من هذا الوجه .

أنواع الجهل : الجهل أربعة أنواع :

١ — جهل باطل بلا شبهة لا يصلح عذراً أصلا فى الآخرة كجهل الكافر بالله تعالى ووحدانيته .

٢ — جهل دون الجهل الأول لكنه باطل لا يصلح عذراً أصلا فى الآخرة كجهل ذوى الهوى نصف الفلاسفة الذين يجهلون صحة إطلاق صفات الله تعالى عليه وأنها زائدة على الصفات .

٣ — جهل يصلح شبهه دارئة للحدود والكفارات كالجهل فى موضع الاجتهاد الصحيح أو فى موضع الشبهة .

٤ — جهل يصلح عذراً .

كجهل مسلم فى دار الحرب ولم يهاجر إلى دار الإسلام جهله بالشرايع .

النوع الأول : وهو الجهل الباطل بلا شبهة ولا يصلح عذرا أصلا فى الآخرة ومثاله جهل الكافر بالله تعالى ، ووحدانيته وصفات كماله ، ونبوة محمد صلى الله عليه وسلم فإنه مكابرة محضة وعناد بحت لوضوح البراهين القطعية بل إن الكافر المكابر قد يعرف الحق كما قال تعالى « الذين آتيناهم الكتاب يعرفونه كما يعرفون أبناءهم » ، وإنما ينكر جحوداً واستكبارا كما قال تعالى : « وجحدوا بها واستيقنتها أنفسهم ظلماً وعلوا » . ومثل هذا لا يكون جهلا .

اعتقاد الكافر ما يخالف دين الإسلام : يرى أبو حنيفة ان اعتقاد الكفار فيما

لا يقبل التبـــديل هو اعتقاد باطل كاعتقادهم في عبادة الأوثان فلا يعطى لهذا الاعتقاد حكم الصحة بوجه ما .

أما ما يدينون به من أمور أخرى تقبل التبديل والتغيير فيرى أبو حنيفة أنها أحكام تصلح لدفع التعرض لهم لقوله عليه الصلاة والسلام «اتركوهم وما يدينون» .. وتجعلهم غـــير مخاطبين بالأحكام الشرعية في أمور الدنيا ، لا تخفيفاً عنهم بل استدراجا ومكراً وزيادة لإثمهم وعذابهم وكأن الخطاب الشرعي لا يتناولهم فيها كما أن الطبيب يعرض عن مداواة المريض عند اليأس . فيثبت بناء على ماذكر من دفع الخطاب في أحكام الأمور الدنيوية وأنهم غير داخلين تحته ينات ذلك مايلي:

١ — تقوم الخمر والضمان بإتلافهم ، وجواز بيعها وهبتها والوصية بها والتصدق بها وأخذ العشر من قيمتها ، وكذا الخنزير . وكأن الخطاب النازل بتحريم الخمر غير نازل في حقهم في أحكام الدنيا بمنزلة الخطاب بتحريم الميتة في حق المضطر .

وكذلك يعتبر كأن النص الوارد بتحريم الخنازير غير نازل في حقهم في أحكام الدنيا ، ويصبح الخمر والخنزير في حقهم كالشاة والخل في حقنا — وبهذا قال أيضا أبو يوسف ومحمد رحمهما الله . فهما يريان أن ديانة الكفار دافعة للتعرض لدليل الشرع في الأحكام فيبقى الحكم الثابت قبل الخطاب على ما كان في حقهم لكن هذا في كل حق كان أصليا قبل الخطاب على وجه لو لم يرد الخطاب لبقي مشروعا في حق المسلمين[١] .

٢ — جعل أبو حنيفة رحمه الله لنكاح المحارم بين الكفار حكم الصحة إذا دانوا بصحته ، بمنزلة نكاح المجوسية ؛ لأن التحريم لم يثبت في حقهم لقصور

---

(١) كشف الأسرار جـ ٤ ص ٣٣٢ .

الخطاب عنهم ويثبت بهذا النكاح لهم صفة «الإحصان» ويحد من قذفهم — وخالف فى ذلك أبو يوسف ومحمد وقالا لا يحد قاذفهم .

رأى الشافعى : قال الشافعى بمثل ما قال به أبو يوسف ومحمد من أن المجوسى لو تزوج بمحرم ودخل بها فإنه يسقط إحصانه ولا يجب الحد على من قذفهما .

٣ — جعل أبو حنيفة رحمه الله لنكاح المحارم بين الكفار حكم الصحة إذا دانوا بصحته وأوجب به النفقة للزوجة على زوجها — وخالفه فى ذلك أبو يوسف ومحمد والشافعى فلم يوجبوا به النفقة للزوجة إذا طلبتها .

٤ — جعل أبو حنيفة رحمه الله لنكاح المحارم بين الكفار حكم الصحة إذا دانوا بصحته وقال إذا طلبت المرأة فسخ هذا العقد فإن القاضى لا يفرق بينهما حتى يترافعا . وخالف فى ذلك أبو يوسف ومحمد والشافعى وقالوا بأن القاضى يفرق بينهما — ولا تعتبر ديانتهما لأن فى ذلك تعديا[1] .

تنبيه : المراد بمعتقدهم ليس مايعتقده بعض منهم كما إذا اعتقد واحد منهم جواز السرقة أو القتل بغير سبب فإنه لايكون دافعاً للتعرض. بل المراد بالديانة الدافعة هو المعتقد الشائع الذى يعتمد على شرع فى الجملة .

قال شيخ الإسلام جواهر زاده فى المبسوط : إن نكاح المحارم وإن حكم بصحته لا يثبت به الإرث لأنه ثبت بالدليل جواز نكاح المحارم فى شريعة آدم عليه السلام ، ولم يثبت كونه سبباً للإرث فى دينه فلا يثبت سبباً له فى اعتقادهم وديانتهم لأنه لا عبرة لديانة الذى إذا لم يعتمد على شرع »[2] ولم يثبت بديانتنا لأن نكاح المحارم فى ديانتنا فاسد .

---

(١) المرجع السابق .

(٢) مرآة الأصول شرح مرقاة الوصول للاخسرو ص ٣٤٥ وكشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوى جـ ٤ ص ٣٣٣ ، ٣٣٤ .

الربا محرم على الكفار : اعتقاد الكفار بحل الربا ليس داعياً للحكم بصحته وترك التعرض لهم فيه فالربا قد نهوا عنه وليس بديانة لهم ، بل هو فسق فى ديانتهم أيضاً قال الله تعالى «وأخذهم الربا وقد نهوا عنه» واستحلالهم الربا كاستحلالهم الزنا مع كونه محظوراً فى الأديان كلها كما أن الربا مستثنى من عهودهم قال عليه السلام «إلا من أربى فليس بيننا وبينهم عهد — فيكون النص القرآنى الوارد بتحريم الربا ليس قاصراً عن الكفار بل يشملهم .

وجه قول الشافعى : يرى الشافعى رحمه الله أن ديانة الكافر دافعة للتعرض لا غير وليست دافعة للخطاب لأن خطاب التحريم يتناول المسلم ويتناول الكافر وقد بلغ الخطاب الكافر حقيقة أو تقديراً بالإشاعة فى دار الإسلام وهو أى الكافر من أهل الدار ، وإنكاره تعنت وجهل ، والجهل لا على سبيل التعنت ليس بعذر فمن باب أولى يكون الجهل ليس بعذر إذا كان جهلا وتعنتا — إلا أن الشرع أمرنا أن لا نتعرض لهم بسبب عقـــد الذمة ، وذلك لا يدل على صحة ما اعتقدوه من الاحكام كما لا يدل على صحة ما دانوا به من الكفر ، فما يرجع إلى التعرض من الأحكام لايثبت فى حقهم ، ومالا يرجع إلى التعرض من الأحكام يثبت . وعلى هذا ...

كان رأى الشافعى : أنه لا يجب على الذمى حد الشرب لأنه شرع زجراً فى المستقبل ، وفى إيجابه عليه تعرض له فى المستقبل .

وكان رأى الشافعى : أن سائر الأحكام مثل إثبات تقوم الخمر وإيجاب الضمان بإتلافها له على المتلف ، وصحة بيع الخمر ، وإيجاب النفقة على الزوج ، وإيجاب الحد على قاذف من تزوج بمحرم كل ذلك لايثبت لأن ديانة الكافر ليست بحجة على غيره ، بل أثرها فى دفع التعرض عنه لاغير .

رد أبى حنيفه على مااستدل به الشافعى : قال أبو حنيفة : إن تقويم الأموال وإحصان النفوس من باب العصمة .

العصمة وتفسيرها : هى الحفظ عن التعرض فيكون فى تحقيق العصمة لنفوسهم وأموالهم تحقيق الحفظ لها عن التعرض أيضا أى كما أن اسقاط حد الشرب عن الكافر بديانته له من باب ترك التعرض وحفظه عنه إثبات تقوم الخمر ، وإبقاء الإحصان له بديانته هو أيضا من باب الحفظ عن التعرض . .

فالأموال والنفوس لاتصير معصومة عن تعرض المسلمين إلا بإيجاب الضمان عليهم عند الإتلاف ، فكان ذلك من ضرورات الحفظ عن التعرض كسقوط حد الشرب[1] .

النوع الثانى من أنواع الجهل : الجهل الذى هو دون جهل الكافر ولكنه لايصلح عذرا أيضا وهو جهل صاحب الهوى فى صفات الله عز وجل مثل جهل المعتزلة بالصفات فإنهم أنكروها حقيقة بقولهم إنه تعالى : عالم بلا علم وقادر بلا قدرة ، وسميع بلا سمع وبصير بلا بصر وكذا سائر الصفات .

ومثل جهل المشبهة فإنهم قالوا بجواز حدوث صفات بالله عز وجل وزوالها عنه مشبهين الله تعالى بخلقه فى صفاته .

وهذا الجهل باطل ولايصلح عذرا فى الآخرة لأنه مخالف للدليل الواضح الذى لاشبهة فيه سمعا وعقلا فقد قال تعالى « ولايحيطون بشىء من علمه إلا بما شاء » وقوله « أنزله بعلمه » وقوله « إن الله هو الرزاق ذو القوة المتين » .

والعقل يقرر إن ما كان محل الحوادث فهو حادث فلا يجوز أن تكون صفات الله حادثة لاستلزامه حدوث الذات وهذا محال . فثبت بالدليل الواضح الذى لاشبهة فيه أنه تعالى موصوف بصفات الكمال منزه عن النقيصة والزوال وان صفاته قائمة بذاته وليست أعراضا تحدث وتزول بل هى أزلية أبدية لا أول

---

(١) راجع كشف الأسرار عن أصول فخر الاسلام البزدوى ج٤ ص ٣٣٦

لها ولا آخر لها . فكان ماذهب إليه أهل الأهواء باطلا وجهلا بعد وضوح الدليل فلا يصلح عذرا فى الآخرة .

ومثل ذلك جهل الباغى وهو الذى خرج عن طاعة الإمام الحق ظانا أنه على الحق والإمام على الباطل متمسكا فى ذلك بتأويل فاسد فإن لم يكن له تأويل فحكمه حكم اللصوص — فهذا الجهل لايصلح عذرا فى الآخرة لأنه مخالف للدليل الواضح فإن الدلائل على كون الإمام العادل على الحق مثل الخلفاء الراشدين ومن سلك طريقهم دلائل واضحة على وجه يعد جاحدها مكابرا معاندا . إلا أن صاحب الهوى أو الباغى متأول بالقرآن أى متمسك به مؤول له على وفق رأيه وهو من المسلمين فان الباغى بالبغى لم يخرج عن الإسلام ، وكذلك صاحب الهوى بالهوى لم يغل فيه ، وحتى لو غلا فى هواه حتى كفر ولكنه ينتسب إلى الإسلام ولذا لايحكم بصحة ما ادعاه بل يلزم علينا مناظرته وإلزامه الحجة .

وإذا أتلف الباغى مال العادل ولا منعة له يضمن كما لو أتلفه غيره ، وكذلك سائر الأحكام التى تلزم المسلمين تلزمه لأنه مسلم وولاية الإلزام باقية

فإذا صار للباغى منعة سقط عنه ولاية الالزام بالدليل حسا وحقيقة ووجب العمل بتأويله الفاسد فلم يؤخذ بضمان فى نفس ولا مال بعد التوبة كما لم يؤخذ أهل الحرب بعد الاسلام(١)

رأى الشافعى : يرى الشافعى تضمين الباغى ماأتلفه من مال أو نفس سواء كان له منعة أو لم يكن له منعة لأنه مسلم ملتزم أحكام الاسلام وقد أتلف بغير حق فيجب عليه الضمان لأنه من أحكام الاسلام ولا عبرة بتأويله لأنه مبطل فى

---

(١) المراجع السابقة .

ذلك . . وكيف يعتبر الباغي ما تأوله واعتقده وهو اعتقاد فاسد وأفكار مضللة وهو رجل اعتنق الاسلام والتزم بأحكامه التي تناقض اعتقاده .

وقال الشافعي . إن قياس الباغي على الحربي بعد أن دخل الاسلام قياس مع الفارق لأن الحربي غير ملتزم حكم الاسلام أصلا فبطل قياس الباغي عليه .

رد الحنفية : قال الحنفية إنه بالإضافة إلى ماقلناه فإن حديث الزهري يؤيد ماقلناه : فقد روى الزهري قال : وقعت الفتنة وأصحاب رسول الله ﷺ كانوا متوافرين فاتفقوا على أن كل دم أريق بتأويل القرآن فهو موضوع وكل مال أتلف بتأويل القرآن فهو موضوع ، وكل فرج استحل بتأويل القرآن فهو موضوع . . .

وقال الحنفية : إن تبليغ الحجة الشرعية قد انقطعت بمنعة قائمة حسا فلم تثبت حجة الاسلام في حقهم « البغاة » كما لو انقطعت بحجر شرعي بأن قبل الكافر الذمة لأن حجج الشرع فيما يحتمل الثبوت والسقوط لاتلزم إلا بعد البلوغ فإذا انقطع البلوغ عدمت الحجة ، فكان تدين كل قوم عن تأويل بمنزلة تدين الآخر دون أن يكون لأحدهما مزية على الآخر .

والاستحلال بحكم مخالفة الدين حكم يجوز أن يكون كما جاز لنا في البغاة وان كانوا مسلمين ، فساوى تدينهم تديننا حال قيام الحرب وانقطاع ولاية الالزام بالمنعة القائمة ، كما جعل كذلك في أهل الحرب وحق الأنكحة .

الباغي آثم : ماتقدم كان هو موقف الاسلام من الباغي بالنسبة لاعتدائه على المال والنفس وذلك في نظر الحنفية — ومع هذا فهم يقولون أن الباغي آثم وإن كان له منعة لأن المنعة لا تظهر في حق الشارع والخروج على الله تعالى حرام أبداً والجزاء واجب لله تعالى أبداً إلا أن يعفو فأما ضمان العباد فيحتمل أن لا يكون كما في الخمر ، والإثم وجب شرعاً وهذا بالتأمل في خطاب الشارع وفهمه .

والباغى الذى لا منعة له الجهل بأحكام الشريعة بالنسبة له إنما هو لتعنته وانصرافه عن العلم بالأحكام الإسلامية وسماع الحجة والتأمل ، ولا عبرة بالتعنت فيلزمه ما أتلف .

والخلاصة : أن المغير للحكم بالنسبة للباغى هو اجتماع التأويل والمنعة فإذا تجرد أحدهما عن الآخر فإن الحكم لا يتغير فى حق ضمان المصاب حتى لو أن قوما غير متأولين غلبوا على مدينة فقتلوا الأنفس واستهلكوا الأموال ثم ظهر عليهم أهل العدل فإنهم يعاقبون على كل ما ارتكبوه من جرائم لتجرد موقفهم من التأويل فهم إن كان لهم منعة لكنها تجردت عن التأويل .

البغاة تجب محاربتهم : يجب إعلان الجهاد لدفع البغاة ولا تجب محاربتهم ابتداء كما تجب مقاتلة الكفار فإن علياً رضى الله عنه قال للخوارج فى خطبته «ولن نقاتلكم حتى تقاتلونا» يعنى حتى تعزموا على القتال بالتجمع والتحيز عن أهل العدل فدل ذلك على أنهم ما لم يعزموا على الخروج لا يتعرض لهم بالقتل والحبس - لكن إذا تجمعوا وعزموا على الخروج وجب على كل من يقوى على القتال أن يقاتلهم مع إمام المسلمين لقوله تعالى «فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التى تبغى حتى تفىء إلى أمر الله» والأمر للوجوب ولأنهم قصدوا أذى المسلمين وتهييج الفتنة . وإماطة الأذى وتسكين الفتنة من أهم الواجبات الدينية . وفى قتالهم نهى عن المنكر وهو فرض لخروجهم على الإمام معصية والإمام على قاتلهم وأخبر أنه مأمور بذلك بقوله «أمرت بقتال المارقين والناكثين والفاسقين» .

أسرى البغاة وجرحاهم : يرى الحنفية وجوب قتل أسرى البغاة والتدفيف[1] على جرحاهم وفى عبارة أخرى إنه لا بأس بقتل أسيرهم إذا كانت له فئة لأن شره لم يندفع ولكنه مقهور لو تخلص لتحيز إلى فئة فإذا رأى الإمام مصلحة فى قتله فلا بأس بأن يقتله .

---

(١) المقصود من التدفيف هنا هو إتمام القتل — وإن كان الأصل فى التدفيف هو الإسراع فى القتل .

وإذا لم يبق لهم شيء لا يقتل لأن إباحة القتل لدفع البغى وقد اندفع وكان على رضى الله عنه يحلف من باشره منهم أن لايخرج عليه ثم يخلى سبيله .

ولا يضمن من قاتلهم ما أتلفه لهم من مال أو دم ولا يحرم من ميراثهم لأن الإسلام جامع بين الوارث والموروث فكلاهما مسلم فلم يثبت اختلاف الدين المانع من الإرث ، والقتل هنا هو قتل بحق فلايصلح سبباً للحرمان كالقتل رجماً أو قصاصاً لأن حرمان الميراث عقوبة شرعت جزاء على قتل محظور فالقتل المأمور به لا يصلح أن يكون سبباً له .

وأهل البغى لا يحرمون من ميراث من قاتلوهم فلو قتل الباغى أخاه العادل وقال كنت على الحق وأنا الآن على الحق (وهذا هو رأى أبى حنيفة ومحمد) وإن قال إن كنت على باطل لم يرثه .

رأى أبى يوسف : خالف أبو يوسف الإمام أبا حنيفة ومحمداً فقال بأن الباغى لا يرث من قتله من العدول سواء قال إنى كنت على الحق أو لم يقل ذلك . لأنه قتل بغير حق فيحرم به من الميراث كما لو قتله ظلما من غير تأويل فاعتقاده وتأويله لا يكون حجة على مورثه العادل ولا على سائر ورثته إنما يعتبر ذلك فى حقه خاصة فالباغى الذى له منعة يعامل معامـــلة أهل الحرب وأهل الحرب معاملتهم فى هذه الحالة هى إثبات حقهم فى إسقاط الضمان عنهم فيمن قتلوه أثناء حربهم وفيما أتلفوه من مال لا فى حكم التوريث فكذلك أهل البغى يعاملون أى أنهم لا يرثون من قتلوه من أهل العدل مطلقا .

وجه قول الطرفين : لهما أن المقاتلة بين الفئتين بتأويل الدين فيستويان فى الأحكام ، وإن اختلفا فى الإمام كما سقوط الضمان فإن ولاية الالزام لما انقطعت عن البغاة بظهور المنعة لهم كان القتل منهم فى حكم الدنيا هو فى حكم الجهاد بناء على دياناتهم ، لأنهم اعتقدوا أنهم هم وحدهم على الحق وأن خصومهم هم على الباطل فكانت مقاتلتهم خصومهم هو من الجهاد فى زعمهم وكان ذلك فى نظرهم من قبيل الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر وإن كان ذلك باطلا فى الحقيقة — أما قول أبى يوسف ان اعتقاد الباغى لا يكون حجة على مورثه العادل فلا يرثه بحال ، هذا

القول قول فاسد لان اعتقاده كما لا يكون حجة على العادل فى حكم التوريث هو أيضاً لا يكون حجة فى حكم سقوط حقه عن الضمان . . ! ولكن لما انقطعت ولاية الالزام بانضمام المنعة إلى التأويل بالنسبة للباغى فجعل الفاسد من التأويل كالصحيح فى ذلك الحكم فكذا فى حق التوريث أى أنه كما سقط عن ضمان المتلف من النفس والمال فكذلك زال المانع عنه من الميراث فيرث ويورث لما ذكر . .

أموال البغاة تحبس عنهم ثم ترد إليهم : يجب حبس أموال البغاة عنهم زجرا لهم عن البغى وعقوبة كما وجب قتل نفوسهم .

فإذا تفرق جمعهم وانكسرت شوكتهم فإنه ترد إليهم أموالهم لأنها لم تملك لبقاء العصمة والإحراز فيها .

وقال الحنفية : إن الملك بطريق الاستيلاء لا يثبت ما لم يتم بالاحراز بدار تخالف دار المستولى عليه — والبغاة قد حبست أموالهم واستولى عليها فى دار الاسلام وهى دار الفئتين المتقاتلتين فهى دار واحدة . . وقيل لعلى رضى الله عنه يوم الجمل : ألا تقسم بيننا ما أفاء الله علينا ؟ قال : فمن يأخذ منكم عائشة ؟ وإنما قال ذلك رضى الله عنه استبعاداً لكلامهم ، وإظهاراً لخطئهم فيما طلبوا . ! وقد جمع ما أصاب من عسكر أهل النهروان فى رحبة الكوفة فمن كان يعرف شيئاً أخذه وهى بحكم الديانة مختلفة حيث اعتقد كل واحد من الفريقين أن الفريق الآخر على الباطل وأن دماءهم مباحة وقد غلبوا على دار الاسلام وجعلوها دار الحرب حيث لزمنا محاربتهم[1] .

القول بالقصاص فى القسامة : يرى الحنفية أنه مثل جهل الباغى ، وصاحب الهوى جهل من قال بالقصاص فى القسامة إذا وجد القتيل ولا يدرى قاتله . .

---

(١) كشف الأسرار عن أصول فخر الاسلام البزدوى ج ٤ ص ٣٤٠ — ٣٤٢ .

فالحنفية يقولون بوجوب القسامة على أهل المحلة والدية على عواقل أهل المحلة متمسكين فى ذلك بالأحاديث المشهورة فإن النبى صلى الله عليه وسلم قضى بالقسامة والدية على اليهود فى قتيل وجد بين أظهرهم .

وروى زياد بن أبى مريم أن رجلا جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : إنى وجدت أخى قتيلا فى بنى فلان فقال : اختر من شيوخهم خمسين رجلا فيحلفون بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا فقال : وليس لى من أخى إلا هذا ؟ قال : نعم ولك مائة من الابل !

وفى الحديث ان قتيلا وجد بين وادعة وأرحب وكان إلى وادعة أقرب فقضى عمر رضى الله عنه عليهم بالقسامة والدية ، فقالوا لا أيماننا تدفع عن أموالنا ولا أموالنا تدفع عن أيماننا ؟ ؟

فقال عمر : حقنتم دماءكم بأيمانكم وأغرمكم الدية بوجود القتيل بين أظهركم وكان ذلك منه بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد فحل محل الإجماع .

وقال الحنفية : إن كل ما تقدم يجعل القول بوجوب القصاص فى القسامة قولا باطلا لمخالفته الأدلة الظاهرة المشهورة والمخالف أيضاً لقوله صلى الله عليه وسلم « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » فكان لذلك كله القول بوجوب القصاص قولا مردوداً (١) .

رأى جمهور الفقهاء : يرى المالكية والحنابلة والشافعية (فى القديم) إنه إن كان بين القتيل وأهل المحلة عداوة ظاهرة ، أو لوث وهو ما يغلب به على ظن القاضى والسامع صدق المدعى فإنه يؤمر الولى بأن يعين القاتل منهم ثم يحلف الولى خمسين يميناً أنه قتله عمداً فإذا حلف يقتص له من القاتل — وحجتهم فى ذلك ظاهر قوله عليه السلام لأولياء المقتول الذى وجد فى خيبر ؟ أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم أى دم قاتل صاحبكم .

---

(١) المرجع السابق .

القسم الثالث : وهو الجهل الذى يصلح شبهة وهذا القسم هو الجهل فى موضع تحقق فيه الاجتهاد الصحيح وهو الاجتهاد الذى لم يخالف الكتاب ولا السنة .

أو الجهل فى غير موضع الاجتهاد أى لم يوجـــد فيه اجتهاد ولكنه موضع الاشتباه ومثل الحنفية للحالة الأولى فقالوا فيمن قتل وله وليان أحدهما عفا عن القاتل ثم قتل القاتل ولى الدم الذى لم يصدر منه عفو عن القصاص . ظاناً أن القصاص باق له على الكمال ، وإنه وجب لكل واحد منهما قصاص كامل . قالوا إنه لا قصاص عليه لأن جهله بسقوط القصاص بعفو ولى الدم الأول حصل منه هذا الجهل فى موضع وجد فيه الاجتهاد فقد قال بعض العلمـــاء بعدم سقوط القصاص بالنسبة للولى الذى لم يعف والجهل هنا فى حكم يسقط بالشبهة .

رأى زفر : يرى زفر أن ولى الدم الذى اقتص من القاتل بعد صدور العفو عنه من ولى الدم الآخر هو قاتل قتلا يوجب عليه القصاص لأن القود قد سقط بعفو أحد الوليين علم به الآخر أو لم يعلم اشتبه عليه حكمه أو لم يشتبه فبقى مجرد الظن فى حق الآخر والظن غير مانع من وجوب القصاص بعد ما تقرر سببه كما لو قتل رجلا على ظن أنه قتل وليه ثم جاء وليه حياً كان عليه القصاص .

دليل جمهور الحنفية : احتج جمهور الحنفية على سقوط القصاص عن الولى بأن الولى قد علم وجوب القصاص وما علم سقوطه بالعفو والأصل بقاؤه واجباً فى حقه ظاهراً ، والظاهر يصير شبهة فى درء ما يندرىء بالشبهات . وكذا إذا علم بالعفو ولم يعلم أن القود سقط به لأن الظاهر أن تصرف الغير فى حقه غير نافذ وسقوط القود عند عفو أحدهما باعتبار معنى خفى وهو أن القصاص لا يحتمل التجزى فإنما اشتبه عليه حكم قد يشتبه فيصير لذلك بمنزلة الظاهر فى إيراث الشبهة .

أما لو علم أن القود قد سقط بالعفو ثم قتله عمداً فهذا قتل يوجب القصاص لأنه لا شبهة فى هـــذه الحالة فقد ظهر لديه المسقط للقصاص وأقدم على القتل مع العلم بالحرمة .

تنبيه : الاجتهاد فى المثال المذكور قد حدث وهو يقتضى أن يثبت القصاص لكل واحد من ولى الدم على جهة الكمال فى الاستيفاء لأنه إثبات مالا يتجزى لاثنين يوجب ثبوته لكل واحد منهما كولاية النكاح — وقد ذكر فى التهذيب أن القصاص إذا ثبت لاثنين كان لكل واحد منهما أن ينفرد بقتله عند بعض أهل المدينة حتى لو عفا أحدهما كان للآخر قتله .

مسألة أخرى : كذلك يعتبر الجهل شبهة دارئة لما يندرىء بالشبهات من زنى بجارية امرأته أو جارية والده على ظن أنها تحل له فإنه لا يلزمه الحد .

توضيح الحنفية لهذا الموضوع : الشبهة الدارئة للحد نوعان :

(١) شبهة فى الفعل وتسمى شبهة اشتباه لأنها تنشأ من الاشتباه .

(٢) وشبهة فى المحل وتسمى شبهة الدليل والشبهة الحكمية وبيانهما فيما يلى :

١ — شبهة الاشتباه : هى أن يظن الإنسان ما ليس بدليل لحل دليلا فيه وهذه الحالة لابد فيها من الظن أى يظن الإنسان الحل حتى يتحقق الاشتباه . ومن هذا النوع ما لو وطىء الابن جارية أبيه وجارية أمه أو وطىء الرجل جارية امرأته وقال ظننت أنها تحل لى فلا يجب عليه الحد .

٢ — شبهة المحل أو شبهة الدليل : وهى أن يوجد لدى الإنسان دليل شرعى مناف للحرمة فى ذاته مع تخلف حكمه عنه لمانع اتصل به . وهذا النوع لا يتوقف تحققه على ظن الجانى واعتقاده .

ومن هذا القسم ما لو وطىء الأب جارية ابنه فإنه لا يجب عليه الحد حتى ولو قال : علمت أنها على حرام . . لأن المؤثر فى إيراث الشبهة الدليل الشرعى وهو قوله عليه الصلاة والسلام « أنت ومالك لأبيك » والدليل قائم فلا يفترق الحال بين ظنه الحل وعدمه فى سقوط الحد .

أما فى الحالة الأولى : فقد تمكنت فيهما شبهة اشتباه لأن مال المرأة من وجه مال الزوج وقد قيل فى تأويل قول الله سبحانه وتعالى : « ووجدك عائلا فأغنى » أى بمال خديجة .

ولأن الزوجة لكونها حلالا لزوجها فربما يشتبه على الزوج أن حال جاريتها كحالها .

وكذلك يقال : فى وطء جارية الأب أو الأم فإن الابن قد يشتبه أن يجعله حلالا باعتبار أن الأملاك متصلة بين الآباء والأبناء والمنافى دائرة والولد جزء أبيه وأمه وربما يشتبه أنها لما كانت الجارية حلالا للأصل تكون حلالا للجزء أيضاً ، فيصير الجهل بالحرمة والتأويل أى تأويل أن الجارية تحل له كما تحل نفس المرأة ، وكما تحل جاريتى لأبى بالتملك تصير شبهة مسقطه للحد لأن شبهة الاشتباه مؤثرة فى سقوط الحد على من اشتبه عليه ، كقوم سقوا على مائدة خمراً فمن علم منهم أنه خمر يجب عليه الحد ومن لم يعلم لا يحد . ولا تفيد هذه الشبهة فيما عدا ذلك من إثبات نسب الولد يأتى نتيجة هذا الوطء أو إيجاب عدة على الموطوءة لأن الفعل تمحض زنا نظراً إلى قيام الدليل . لهذا لم يفترق الحال فيما بين العلم بالحرمه وعدمه .

ولو زنا بجارية أخيه أو أخته : وقال ظننت أنها تحل لى فلا يسقط عنه حد الزنا لأن جهله بالحكم الشرعى فى هذه لم يجعل شبهة فى سقوط الحد لأن منافع الاملاك بينهما متباينة عادة فلا يكون هذا محل الاشتباه فلا يصير الجهل شبهة[1].

الحربى إذا دخل دار الإسلام مسلماً وشرب الخمر : لا يحد الحربى الذى أسلم ودخل دارنا وشرب الخمر إذا لم يعلم بالحرمة لأن جهله يصير شبهة فى سقوط الحد . لأن الجهل فى موضع الاشتباه يصلح شبهة دارئة للحد .

---

(١) المرجع السابق .

وجهل الحربى بحرمة الخمر فى موضـــع الاشتباه لأن الخمر ثبتت بخطاب التكليف — والرجل منقطع فى أهـل الحرب ودارهم دار الجهل وضياع الأحكام فيصلح جهله شبهة دارئة للحد وهنا اشتباه ما ليس بدليل بالدليل .

الحربى إذا أسلم ودخل دار الإسلام وزنا يحد : لأن جهله بحرمة فى غير محله فهو فى غير موضع الاشتباه فلا يصلح شبهة مسقطة للحد ، أما أن جهله بالحرمة فى غير محله فذلك لأن الزنا حرام فى الأديان كلها فلم يتوقف العلم بحرمته على بلوغ الخطاب أى خطاب الشرع له لتحقق حرمته قبله فلا يصلح الجهل ليكون شبهة فى سقوط الحد .

ويحد الذمى إذا شرب الخمر جاهلا بحرمته لأنه من أهل دار الإسلام وتحريم الخمر شائع فيها فلم يصر جهله شبهة لعدم مصادفته محله بل الاشتباه وقع من تقصيره فى طلب معرفة الأحكام الشرعية فلا يعذر[1] .

القسم الرابع : والجهل الذى يصلح عذراً بناء على عـــدم الدليل — وهو الجهل فى دار الحرب من مسلم لم يهاجر إلى دار الإسلام . وهذا يعتبر عذراً فى الشرائع ولذا لو مكث فى دار الحرب مدة وهو مسلم لم يصم ولم يصل فيها ولم يعلم أن عليه الصلاة والصوم لا يكون عليه قضاؤهما .

وعلل جمهور الحنفيــة : لذلك بأن الخطـاب النازل بفرض الصوم والصلاة على المسلم خفى فى حقه لعدم بلوغه إليه حقيقة بالسماع ، ولا تقديراً باستفاضته وشهرته، لأن دار الحـــرب ليست بمحل استفاضة وشهرة وذيوع الأحكام الإسلامية ، ولذا يصير الجهل بالخطاب عذراً فى هذه الحالة لان المسلم المقيم بهذه الدار أعنى دار الحرب غير مقصر فى طلب الدليل ، وإنما جاء الجهل من قبـــل.

---

(١) كشف الأسرار جـ ٤ ص ٣٤٦ — ٣٤٧ .

خفاء الدليل فى نفسه حيث لم يشتهر فى دار الحرب بسبب انقطاع ولاية التبليغ عنهم . وكان الخطاب خفياً فى حق أهل الحرب فى أول ما ينزل وهو خفى أيضاً فى حق من لم يبلغه من المسلمين المقيمين بدار الحرب لعدم استفاضته بينهم فيصير الجهل به عذراً .

رأى زفر : يرى زفر رحمه الله أنه يجب القضاء على المسلم المقيم فى دار الحرب الذى لم يصل أو لم يصم طوال مدة إقامته لأنه لم يبلغه خطاب التكليف بهما — ووجه زفر قوله هذا بأن الرجل بإسلامه قد التزم احكام الإسلام وقد قصر عنه خطاب الأداء لجهله به وذلك لا يسقط القضاء بعد تقرر السبب الموجب ، كالنائم إذا انتبه بعد مضى وقت الصلاة[١] .

جهل الوكيل بالوكالة : يرى الحنفية ان جهل الوكيل بالوكالة وجهل المأذون بالإذن يكون عذراً حتى لو تصرفا قبل بلوغ الخبر إليهما لم ينفذ تصرفهما على الموكل والمولى . ولو وكله ببيع شئ يتسارع إليه الفساد ولم يعلم بالوكالة حتى فسد ذلك الشيء لم يضمن شيئاً .

ولو وكله بشراء شيء بعينه فاشتراه الوكيل لنفسه قبل العلم بالوكالة يصح .

المذهب المالكى :

جاء فى تهذيب الفروق والقواعد السنية[٢] : إن ضابط الشبهة المعتبرة فى إسقاط الحدود والكفارات فى إفساد صوم رمضان أمران :

---

(١) كشف الاسرار ج ٤ ص ٣٤٦ — ٣٤٧ .

(٢) على هامش الفروق للقرافى ج ٤ ص ٢٠٢

الأمر الأول : أن لاتخرج عن شبهات ثلاث :

الأولى الشبهة فى الواطىء كاعتقاد أن هذه الأجنبيه امرأته أو مملوكته أو نحو ذلك فالاعتقاد الذى هو جهل مركب وغير مطابق يقتضى عدم الحد من حيث أنه معتقد الإباحة وعدم المطابقة فى اعتقاده يقتضى الحد فحصل الاشتباه وهو عين الشبهة .

الثانية الشبهة فى الموطوءة كالأمة المشتركة إذا وطئها أحد الشريكين فما فيها من نصيبه يقتضى عدم الحد ، وما فيها من ملك غيره يقتضى الحد فحصل الاشتباه وهو عين الشبهة .

الثالث الشبهة فى الطريق كاختلاف العلماء فى إباحة الموطوءة كنكاح المتعة ونحوه فإن قول المحرم يقتضى الحد ، والقول المبيح يقتضى عدم الحد فحصل الاشتباه وهى عين الشبهة .

الأمر الثانى تحقق شرطها وهو اعتقاد المقدم مقارنة السبب المبيح وإن أخطأ فى حصول السبب . ومن أمثلة ذلك قال مالك فى المدونة فى كتاب الصيام : إذا جامع فى رمضان ناسيا فظن أن ذلك يبطل صومه فتعمد الفطر ثانية . . . أو امرأة رأت الطهر ليلا فلم تغتسل حتى أصبحت فظنت أنه لاصوم لمن لم يغتسل قبل الفجر فأكلت أو مسافر قدم إلى أهله ليلا فظن أن من لم يدخل نهارا قبل أن يمس أن صومه لايجزئه وأن له أن يفطر فأفطر أو عبد بعثه سيده فى رمضان برعى غنما له على مسيرة ميلين أو ثلاثة فظن أن ذلك سفر فأفطر فليس على هؤلاء إلا القضاء بلا كفارة . . وكالأصل ونظير هذه الأمثلة فى الكفارات فى الحدود أن يشرب خمرا يعتقد أنه فى الوقت الحاضر حل أو يطأ امرأة أجنبية يعتقد أنها امرأته أو جاريته فى الوقت الحاضر .

وضابط الشبهة التى لا تعتبر فى إسقاط الحدود والكفارات فى فساد صوم رمضان أيضا أمران :

الأمر الأول الخروج عن الشبهات الثلاث المذكورة كمن تزوج خامسة أو مبتوتة ثلاثا قبل زوج ، أو تزوج أخته من الرضاع أو النسب أو ذات محرم عامدا عالما بالتحريم أو انتهك حرمة رمضان بالفطر .

الأمر الثانى : أن لا يتحقق الشرط المذكور وأمثلة هذا كثيرة فقد قال ابن القاسم عقب ما تقدم عن مالك فى المدونة فى كتاب الصيام ومارأيت مالكا يجعل الكفارة فى شىء من هذه الوجوه على التأويل إلا امرأة قالت اليوم أحيض وكان يوم حيضها ذلك فأفطرت أول نهارها وحاضت فى آخره .

وقال : الأصل ونظير الحائض فى الكفارات فى الحدود أن يشرب خمرا يعتقد أنه سيصير خلا أو يطأ امرأة يعتقد أنه سيتزوجها فإن الحد لا يسقط لعدم اعتقاد مقارنة العلم لسببه . . .

قال والفرق بين هذه المسائل وبين مسائل تحقق الشرط المتقدمه أن تلك اعتقد فيها المقدم عليها اقتران السبب المبيح فأوقعت الإباحة فيها قبل سببها فالمقدم فى هاته مصيب من حيث أن كلا من المريض والحائض وصيرورة الخمر خلا والعقد على الأجنبية مبيح ومخطىء فى التقديم للحكم على سببه والمقدم فى تلك مخطىء فى حصول السبب مصيب فى اعتقاده المقارنة وأنه لم يقصد تقديم الحكم على سببه فعذر بالتأويل الفاسد فى تلك ولم يعذر فى هاته بالتأويل الفاسد .

وسر الفرق : أن تقديم الحكم على سببه بطلانه مشهور غير ملتبس فى الشريعة فلا صلاة قبل الزوال . ، ولا صوم قبل الهلال ، ولا عقوبة قبل الجنايات وهذا وأمثاله كثير حتى لا يكاد يوجد خلافه البتة ، وما هو مشهور لا يكون اللبس فيه عذرا . .

وأما اشتباه صورة الأسباب المبيحة وتحقيق شروطها ومقاديرها فلا يعلمه إلا فحول العلماء وتحقيقه عسير على اكثر الناس فكان اللبس فيه عذرا . وقال : وحديث إدرءوا الحدود بالشبهات الذى يستدل به الفقهاء على هذه الأحكام وإن لم يصح إلا أن معتمدنا فيه ماقاله بعض الفضلاء من أنه حيث أجمعنا على إقامة الحد كان سالما عن الشبهة وماقصر عن محل الإجماع لايلحق به عملا بالأصل حتى يدل الدليل على إقامة الحد فى صور الشبهات . » .

أمثلة تطبيقية : ذكر الحنفية أمثلة تطبيقية للجهل الذى يعتبر عذرا منها مايلى:

١ — جهل الوكيل بعزله من الوكالة يعتبر عذرا شرعيا لخفاء الدليل ولزوم الضرر إذا اعتبر العزل صحيحا فى حقه ولذا تعتبر تصرفاته نافذة بالنسبة لموكله .

٢ — جهل العبد المأذون له بالتجارة والتصرف بإلغاء الأذن الممنوح له من سيده يعتبر هذا الجهل بالغاء الإذن عذرا شرعيا وتصح تصرفاته إلى أن يعلم بإلغاء الإذن وذلك منعا للضرر .

٣ — جهل مولى العبد الجانى فيما يتصرف فيه بمعنى أن العبد الذى ارتكب جناية دون أن يعلم بها مولاه وتصرف مولاه فيه بالبيع ونحوه فإن جهل المولى بجناية عبده يعتبر عذرا شرعيا ويجب عليه الأقل من قيمة العبد ومن ارش الجناية التى ارتكبها .

لكن إذا كان يعلم بالجناية التى ارتكبها عبده ومع هذا تصرف فيه ببيع ونحوه فإنه يصير مختارا للفداء أى لفداء عبده وكأنه ألزم نفسه بأرش الجناية التى ارتكبها عبده وعلم بها .

٤ — جهل الشفيع بسبب ثبوت الشفعة : إذا جهل الشفيع أن جاره قد باع العقار الذى يملكه أو جهل بأحد الأسباب التى بها تثبت الشفعة فى العقار فإن

هذا الجهل يعتبر عذرا شرعيا حتى إذا علم بالبيع بعد زمان فإنه يثبت له حق الشفعة .

وجه الحنفية رأيهم في المسائل السابقة فقالوا :

إن دليل العلم فى الصور الأربع خفى فى حق هؤلاء لأن هذه الأمور لاتكون مشهورة ويستبد الموكل بالعزل والمولى بالحجر على عبده ، والعبد بالجناية ، وصاحب الدار بالبيع . فكيف وأنى يحصل العلم للوكيل وللعبد ، وللمولى وللشفيع بهذه الأمور ؟ ؟ وفى كل واحد من هذه الأمور إلزام ضرر حيث يلزم التصرف بالعزل على الوكيل وتصير العين مضمونة عليه ، ويبطل ولاية المأذون فى التصرفات بالحجر ، ويلزم على المولى الدفع أو الفداء بجناية العبد ، ويلزم على الشفيع ضرر الجار بالبيع ! ! وإذا كان كذلك يتوقف ثبوتها على العلم كأحكام الشرع .

كيف يحصل العلم فى مثل هذه المسائل : اشترط أبو حنيفة فى مسألة يترتب على ثبوتها أن يكون فيها معنى الإلزام أن يحصل العلم بها علما نافيا للجهالة بها وذلك عن طريق رسالة ، أو أن يكون المبلغ لها من غير رسالة العدد أو رجل عدل أى واحد منهما فقط وهما إما العدد أو العدالة ، ولم يشترط كليهما لأنه من حيث انه تصرف فى حق نفسه اقل من الالزامات المحضة فى الأموال وغيرها ، فلذلك لم يشترط فيه إلا أحد شطرى الشهادة فى تبليغ هذه الأمور .

وكذلك يرى ابو حنيفة فى تبليغ الشرائع إلى الحربى الذى اسلم ولم يهاجر ان تصل اليه اما عن طريق اثنين ، أو واحد عدل .

رأى الصاحبين : لم يشترط ذلك الصاحبان[١] .

---

(١) كشف الأسرار جـ ٤ ص ٣٤٨ .

. رواية أخرى : هناك رواية أخرى تقول باشتراط العدالة مع العدد في قولهم جميعاً وأن هذا محل اتفاق الإمام وصاحبيه لأنه من أخبار الدين والعدالة فيها شرط بالاتفاق .

رواية رابعة : وهناك رواية رابعة بأنه باتفاق فقهاء المذهب لا تشترط العدالة — ورجح هذا الرأى صاحب كشف الأسرار[1] فقال : « وهو الأصح لأن كل واحد مأمور من صاحب الشرع بالتبليغ قال عليه السلام « نضر الله امرأ سمع منا مقالة فوعاها كما سمعها ثم أداها إلى من يسمعها » . فهذا المبلغ نظير الرسول من المولى والموكل وفى خبر الرسول الذى ينقله إلى من أرسل إليه لا يشترط أن يكون الرسول عدلا فكذا هذا .

٥ — ومن الجهل الذى يراه الحنفية عذرا شرعياً جهل المرأة البكر البالغة بإنكاح الولى — وقال الحنفية فى ذلك إن سكوت البكر قبل العلم بالنكاح لا يعتبر رضا بالنكاح لأن دليل العلم خفى فى حقها ؛ لاستبداد الولى بالإنكاح وفيه إلزام حكم النكاح عليها فيشترط العدد أو العدالة فى المبلغ عند أبى حنيفة ولا يشترط عند الصاحبين .

خيار العتاقة :

٦ — ومن الأعذار الشرعية جهل الأمة المنكوحة بأن مولاها قد أعتقها ، أو جهلها بأن لها الخيار إذا عتقت ، الخيار إن شاءت الإقامة مع زوجها ، وإن شاءت فارقته لقول النبى صلى الله عليه وسلم لبريدة حين عتقت « ملكت بضعك فاختارى » ، وهو خيار يمتد إلى آخر المجلس لأنه ثابت بتخيير الشرع فيكون كالثابت بتخيير الزوج ويسمى هذا خيار العتاقة . فإذا جهلت بذلك كان الجهل عذراً شرعيا ولها الحق فى مجلس علمها بعد ذلك أن تختار إما البقاء مع الزوج أو مفارقته .

---

(١) الامام علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخارى المتوفى سنة ٧٣٠ هـ — كشف الأسرار عن أصول فخر الاسلام البزدوى ج ٤ ص ٣٤٨

ووجهة نظر الحنفية : فى ذلك هى أن دليل العلم بكل واحد من الأمرين المذكور — علمها بالاعتاق أو علمها بأن الشرع احتفظ لها بالخيار فى بقاء الزواج أو فسخه كلا الأمرين دليل العلم بهما قد خفى فى حقها . ففى علمها بانها قد صارت حرة هو أمر بيد سيدها فلا يمكنها الوقوف عليـــه قبل أن يخبرها به وأما علمها بثبوت خيار العتاقة لها فهو أمر خفى أيضاً بالنسبة لها فهى لا تعلم ان سبب الخيار هو زوال الملك عنها وهو أمر خفى لا يعلمه إلا الخواص من الناس، فضلا عن أنها مشغولة بخدمة سيدها فلا تتفرغ لمعرفة أحكام الشرع ، فلا يقوم اشتهار الدليل فى دار الاسلام مقام العلم — ولأنها دافعة عن نفسها زيادة الملك عليها والجهل يصلح عذراً للدفع .

٧ — خيار البـــلوغ : إذا زوج الصغير أو الصغيرة غير الأب من الاولياء يصح النكاح ويثبت لهما الخيار فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وهو قول ابن عمر وأبى هريرة رضى الله عنهما .

وجهة هذا القول : قال أبو حنيفة ومحمد : إن التزويج قد صدر ممن هو قاصر الشفقة والحنان بالنسبة إلى الأب ، وقد ظهر تأثـــير القصور فى امتناع ثبوت الولاية فى المال فيثبت لهما الخيار أى للصغير والصغيرة إذا ملكا أمر نفسهما بالبلوغ ، كالأمة إذا أعتقت ويسمى هـذا خيار البلوغ . وهو يبطل بالسكوت فى جانب البنت إذا كانت بكرا ، لأن ثبوت الخيار لها لعدم تمام الرضا منها ، ورضاء البكر البالغة يتم بسكوتها شرعاً ، كما لو زوجت بعد البلوغ فسكتت .

أما لو بلغت ثيبا فإنه لايبطل خيارها بالسكوت ، كما لا يبطل خيار الغلام به .

فإذا لم تعلم الصغيرة بالنكاح وقت البلوغ كان الجهل منها عذراً لخفاء الدليل إذ الولى مستبد بالانكاح .

وإن علمت بالنكاح وقت البلوغ ولم تعلم بأن لها خيار البلوغ لم تعذر وجعل سكوتها رضاء لأن دليل العلم بالخيار فى حقها من الأمور المشهورة غير المستورة لاشتهار أحكام

الشرع فى دار الإسلام وعدم المانع من التعلم . فخيار البلوغ أمر ظاهر يعرفه كل أحد ولظهوره ظن بعض الناس أنه يثبت فى إنكاح الأب للصغير والصغيرة أيضاً كما يثبت فى إنكاح الولى إذا كان غيرهما . والصغير أو الصغيرة لم يكونا مشغولين قبل البلوغ بشىء يمنعهما عن التعلم فكان سبيلهما أن يتعلما ما يحتاجان إليه بعـــد البلوغ فلا يعذرا بالجهل بأحكام الشرع .

والصغيرة تريد بالجهل بالخيار الزام فسخ النكاح على الزوج لأن خيار البلوغ شرع لإلزام النقض ، لا للدفع لأن من له الخيار لا يدفع ضرراً ظاهراً ، فصورة المسألة فيمن زوجت وهى صغيرة لم تبلغ من كفء بمهر وافر ولم يفعل ذلك ولى التزويج مجانة ، ولا فسقا ، فثبت أن المقصود من خيار البلوغ شرع للإلزام فى حق الخصم الآخر ، والجهل لا يصلح حجة للإلزام . . وهذا بخلاف خيار العتاقة فإن المعتقة تدفع عن نفسها والجهل يصلح حجة للدفع .

خيار البلوغ للإلزام وخيار المعتقـــة الدفع : ولأن خيار البلوغ للإلزام وخيار المعتقه للدفع ، وأنهما يفترقان لذلك اشـــترط لوقوع الفرقة بخيار البلوغ قضاء القاضى بوقوع الفرقة به فلو مات أحد الزوجين بعد اختيار الفرقة وقبل قضاء القاضى ورثه الآخر .

ولم يشترط فى خيار العتق القضاء من القاضى بوقوع الفرقة به بل تثبت الفرقة بنفس الخيار لأن السبب زيادة ملك الزوج عليها فإنه قبل العتق كان يملك مراجعتها فى قرءين ويملك عليها تطليقتين وقد ازداد ذلك بالعتق فكان لها أن تدفع الزيادة ولا تتوصل إلى دفع الزيادة إلا بدفع أصل الملك ، فكما أن إثبات دفع الملك عند عـــدم رضاها يتم بها ولا يتوقف على القضاء ، فكذلك دفع زيادة الملك . فكان الدفع فى خيار العتاقة أمر ظاهر مقصود والزام الزوج بالفرقة هو أمر ضمنى فلا يتوقف على قضاء القاضى .

أما فى خيار البلوغ فلا يزداد الملك بالبلوغ وإنما كان ثبوت الخيار إنما هو

لتوهم أن الولى غير الأب قد ترك ما فيه مصلحة الصغير وإن تزويجه ليس فيه نظر له وهذا أمر غير متيقن فلا تتم الفرقة إلا بالقضاء فصار خيار البلوغ الإلزام فيه قصدى والدفع متوهم ضمنى ولذا يتوقف الفرقة به على قضاء القاضى[١] .

قاعـــدة

ما فيه إلزام على الغير لا يثبت بدون علمه : يرى أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تفريعاً على ما ذكر من أن ما فيه إلزام على الغير لا يثبت بدون علمه أن من له خيار الشرط فى البيع مشترياً كان أو بائعاً إذا فسخ بغير حضور الطرف الثانى وبدون علمه فإن ذلك الفسخ لا يصلح وله أن يرضى بالبيع بعـــد ذلك ما لم يعلم الآخر بفسخه فى مدة الخيار ، فإذا علم ذلك فى المدة أى فى مدة خيار الشرط تم الفسخ وليس له أن يرضى بعد ذلك .

وإن لم يعلم حتى مضت المدة أى مدة خيار الشرط بطل ذلك الفسخ وتم البيع .

رأى أبى يوسف : قال أبو يوسف رحمه الله أن من له خيار الشرط فى البيع مشترياً كان أو بائعاً إذا فسخ البيع بدون علم الطرف الآخر فالفسخ جائز لأن الخيار خالص حقه فهو قد اشترطه لنفسه ليتصرف خلال مدته بإرادته الحرة كما يشاء بدليل أنه لا يشترط رضاء صاحبه فى تصرفه فى حدود مدة الخيار المشروط له ! وموجب الخيار الفسخ أو الاجازة . وكما تتم إجازة البيع ممن اشترط الخيار لنفسه دون توقف هذه الإجازة على علم الطرف الثانى أو رضاه كذلك الفسخ بل أولى ؛ لأن الخيار يشترط للفسخ لا للنفاذ إذ النفاذ ثابت بموجب العقـــد الذى لا خيار فيه . فاشتراط الخيار أى خيار الشرط لمساعدة صاحبه وإعطائه حق الاجازة أو الفسخ فكان بهـــذا الشرط مسلطاً على الفسخ من جهته ، ولذا لا يشترط رضا الطرف الآخر فى تصرفه وحينئذ لا يتوقف تصرفه على علمه — وكالوكيل إذا تصرف بغير حضرة موكله فإنه يجوز ، وكالمرأة التى خيرها زوجها إذا اختارت نفسا بغير حضرة الزوج بأن بلغها الخبر وهو غائب .

---

(١) المصدر السابق .

لا يقاس صاحب الشرط على الموكل الذى عزله وكيله بدون علمه : وقال أبو يوسف رحمه الله أن مسألتنا هنا تخالف مسألة عزل الوكيل حيث يتوقف على علمه لأن الموكل ما تسلط على عزله بمعنى من قبل الوكيل فافترقت المسألتان فلا يقاس أحدهما على الآخر .

خيار الشرط غير خيار العيب : وقال أبو يوسف رحمه الله إن فى خيار العيب المشترى غير مسلط على الفسخ وإنما له حق المطالبة بتسليم الجزء الفائت فإذا تحقق عجز البائع عنه تمكن من الفسخ فلا يتحقق عجزه إلا بحضوره . فافترق خيار الشرط عن خيار العيب فى ذلك ولذا كان لمن له خيار الشرط أن يفسخ العقد فى مدته سواء علم بالفسخ الطرف الثانى أو لم يعلم بخلاف خيار العيب .

رد أبى حنيفة ومحمد : قال الطرفان أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله : إنه بفسخ العقد المشروط فيه خيار الشرط يلزم غيره حكما جديداً لم يكن بعد ! ! فلا يثبت حكم تصرفه فى حق ذلك الغير ما لم يعلم به كالموكل إذا عزل الوكيل حال غيبته لا يثبت حكم العزل فى حقه ما لم يعلم به لأن الخيار وضع فى الشرع لاستثناء حكم العقد بعدم الاختيار أى أن خيار الشرط مانع حكم العقد وهو الملك عن الثبوت لعدم رضاء صاحب الخيار به لأن هذا الشرط أو الخيار داخل فى الحكم دون السبب فيؤثر فيه بالمنع . بمنزلة الاستثناء يمنع دخول المستثنى فى صدر الكلام فيصير العقد باستثناء الحكم وامتناعه عن الثبوت أو بعدم الاختيار عقداً غير لازم لأن لفوات الاختيار والرضاء أثراً فى سلب اللزوم عن العقد كما فى بيع المكره والهازل ، ثم يفسخ سائر العقود الجائزة من الوكالات والشركات والمضاربات ، لا أن الخيار للفسخ لا محالة ولابد منه ! ! فالخيار لم يشرع لأجل الفسخ قصداً بغير علم صاحبه كما يقول أبو يوسف رحمه الله إذ لو كان كذلك لم يكن لمن له خيار الشرط ولاية إجازة العقد لأن الإجازة ضد الفسخ . . وكيف يكون الخيار للفسخ لا محالة ؟ ؟ وفيه سعى لنقض ما تم من جهته وهو باطل .

فإنهما نصا على العقد وإثبات الخيار لا على الفسخ !! والفسخ ضد العقد فلا يكون موجبه .

وقال أبو حنيفة ومحمد : إن اشتراط الخيار فى العقود الغير لازمة كالوكالة والشركة والمضاربة لا يجوز . ولو كان اشتراط الخيار ليتمكن به مشترطه من الفسخ بغير علم صاحبه لصح فى هذه العقود لكونه محتاجاً إليه فيها إذ هو لا يتمكن من فسخها بدون علم صاحبه وإن كان يتمكن من غير رضاه . وحيث لم يصح عرفنا من ذلك أن موجب الخيار هو رفع صفة اللازم فقط[1] .

فأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله : يريان أن ولاية فسخ العقد المشروط فيه الخيار هى لمن له الخيار لانتفاء صفة اللزوم فى حقه لا لأنه مسلط على الفسخ وهو بالفسخ يصير متصرفاً على الطرف الآخر فى العقد بما فيه إلزام أى إلزام بوجب الفسخ عليه بغير رضاه ، أو إلزام الضرر عليه لأنه ربما يتصرف فى الثمن بعد مضى المدة معتمداً على صيرورة العقد لازماً فيضمن فلا يصح الفسخ إلا بعلمه ، كعزل الوكيل والحجر على العبد المأذون له .

فأبو حنيفة ومحمد : رحمهما الله قد نظرا إلى الحقيقة وقالا : إن الخيار بمثابة استثناء وهو منع الثبوت وذلك المعنى ليس ناشئاً عن تسليط الطرف الآخر لمن له الخيار فى فسخ العقد أى أن حق الفسخ الثابت لمن له الخيار ليس مسنداً إلى تسليط الطرف الآخر فأشبه موقف الطرف الثانى موقف الوكيل ، والعبد المأذون إذا عزل الوكيل وألغى الأذن دون علمهما بذلك فإن تصرفاتهما حتى يبلغهما العزل والغاء الأذن نافذة أى يبطل العزل بدون علم الوكيل المعزول من الوكالة ، ويلغى الحجر على العبد المأذون حتى يعلم بالغاء الاذن الممنوح له منعاً للضرر

---

(١) كشف الأسرار عن أصول فخر الاسلام البزدوى ج ٤ ص ٣٥٠ - ٣٥١ ومرآة الأصول فى شرح مرقاة الوصول ص ٣٤٨ - ٣٤٩ .

وكذلك الحال بالنسبة لمن شرط قبله الخيار لابد من علمه بتصرف من شرط لمصلحته الخيار .

أما أبو يوسف رحمه الله : فيرى أن الخيار وإن شابه الاستثناء لكن لابد فيه من مساعدة صاحبه في ثبوت الشرط فأشبه التسليط بالفسخ(١) .

اعتراض وجوابه : إن اعترض بأن فائدة خيار الشرط هو عدم لزوم حكم العقد إلا برضا من له الخيار ، وفي التوقيف على علم صاحبه إضرار به لأن مدة الخيار محددة ومن الجائز أن يغيب في مدة الخيار فيفوت فائدة شرط الخيار لأن العقد يلزمه بدون رضاه ؟ ؟

الجواب : يجاب عن الاعتراض المذكور بأنه لاضرر في هذه الحالة ؛ لأن العقد متى توقف على شرطه فامتناع نفاذه هو لعدم الشرط وهذا لا يعد من باب الاضرار . فإذا فسخ في المدة المحددة وعلم صاحبه بذلك في المدة نفذ الفسخ لوجود شرطه وهو علم صاحبه به في مدة الخيار .

وبعد الثلاث لايصح التبليغ وأن وجد العدد والعدالة جميعاً لصيرورة العقد لازماً بمضى المدة وبطل الفسخ لفوات شرطه وهو حصول العلم في المدة . ومدة الثلاثة أيام هي على أصل أبي حنيفة رحمه الله .

أما محمد فيرى أن العلم بالفسخ يجب أن يتم في مدة خيار الشرط ثلاثاً كانت المدة الشروطة أو غير ثلاث .

---

(١) المرجع السابق .

السكر

من أقسام العوارض المكتسبة السكر وجعل السكر من العوارض المكتسبة وإن لم يكن حصوله فى قدرة العبد لأن سببه وهو شرب المسكر باختياره وغرضه من الشرب حصول السكر ، كما أن غرض شارب الماء حصول الرى فكان السكر مضافاً إلى كسبه نظراً إلى السبب والغرض .

تعريف السكر : السكر قيل فى تعريفه بأنه سرور يغلب على العقل بمباشرة بعض الأسباب الموجبة له فيمنع الانسان عن العمل بموجب عقله من غير أن يزيله ، ولهذا أبقى السكران أهلا للخطاب — ويلزم على هذا التعريف ألا يعتبر من أقسام السكر ما حصل من شرب الدواء مثل الأفيون لأنه ليس بسرور .

وقيل : إن السكر غفلة تلحق الانسان مع فتور فى الأعضاء بمباشرة بعض الأسباب المزيلة وعلى هذا القول بقاء السكران مخاطباً بعد زوال عقله يكون أمراً حكمياً ثابتاً بطريق الزجر عليه لمباشرته المحرم لا باعتبار أن العقل باق حقيقة لأنه يعرف بأثره ، ولم يبق للسكران من آثار العقل شىء فلا يحكم ببقائه .

وفى نوادر الشيخ محمد بن على الترمذى : رحمه الله أن العقل فى الرأس وشعاعه فى الصدر والقلب . فالقلب يهتدى بنوره لتدبير الأمور وتمييز الحسن من القبيح فإذا شرب الخمر خلص أثرها إلى الصدر فحال بينه وبين نور العقل فبقى الصدر مظلماً فلم ينتفع القلب بنور العقل فسمى ذلك سكراً لأنه سكر حاجز بينه وبين نور العقل . فمن أجاز طلاق السكران يفرق بينه وبين الصبى فيقول: إن السكر سد والعقل وراء السد قائم !! والصبى لم يعط عقل الحجة وهو تمام العقل الذى به تقوم حجة الله تعالى على عباده .

أنواع السكر : السكر نوعان :

١ — سكر بطريق مباح .

٢ — سكر بطريق محظور .

النوع الأول : إذا سكر بطريق مباح كأن يكرهه بالقتل على شرب الخمر إنسان أو يشرب الخمر مضطرا لازالة غصة أو لازالة عطش يكاد يموت من شدته ، أو يشرب دوا مثل البنج دون أن يقصد بشربه السكر . أو يشرب لبنا فيسكر منه .

ويعتبر حلالا على رأى أبى حنيفة : الشرب من شراب يتخذ من الحنطة والشعير والعسل .

ففى شرح الجامع الصغير : أن مايتخذ من الحنطة والشعير والذرة والعسل حلال فى قول أبى حنيفة رحمه الله حتى إن الحد لا يجب وإن سكر فى قوله وإن السكران منه إذا طلق امرأته لم يقع طلاقه بمنزلة الطلاق من النائم والمغمى عليه .

رأى محمد : وروى عن محمد رحمه الله أن ذلك حرام وأنه يجب الحد بالسكر منه . وان السكران من هذه الأشربة يقع طلاقه بمنزلة السكران من الأشربه المحرمة .

ماقاله القاضى فخر الدين : ذكر القاضى الإمام فخر الدين رحمه الله فى شرح الجامع الصغير أن المتخذ من الحبوب والفواكه والعسل إذا غلا واشتد إن كان مطبوخا أدنى طبخة يحل فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله بمنزلة نقيع الزبيب إذا طبخ أدنى طبخة .

واختلف المشايخ على قول محمد رحمه الله . فقال بعضهم : يحل شربه إلا القدح المسكر ، وروى القاضى أبو جعفر رواية عن محمد أنه يكره .

المتخذ من الحبوب والفواكه والعسل إن لم يطبخ : إذا لم يطبخ المأخوذ من الحبوب والفواكه والعسل حتى غلا واشتد فعن أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله روايتان :

في رواية لايحل شربه كنقيع الزبيب إذا لم يكن مطبوخا .

الرواية الثانية أما الرواية الثانية فتفيد انه يحل شربه لأن هذه الأشربة لم تتخذ من أصل الخمر فلا يشترط فيها الطبخ بخلاف نقيع الزبيب . وهذا إذا لم يستكثر فإن استكثر حتى سكر فإنه حرام بالإجماع .

تصرفات السكران من الأشربة المتخذة من الحبوب : اختلفوا في وجوب الحد وفي نفاذ تصرفات السكران من الاشربة المتخذة من القمح والشعير والعسل فمن اوجب الحد على شاربها الحقها بنبيذ التمر ومن لم يوجب قال هو متخذ مما ليس من أصل الخمر فكان بمنزلة لبن الرماك .

وذكر شمس الأئمة في المبسوط : بعد ذكر الأشربة المحرمة ولابأس بالشرب من سائر الأنبذة من العسل والذرة والحنطة والشعير معتقا كان أو غير معتق مطبوخا او غير مطبوخ في ظاهر الرواية . . .

وروى في النوادر عن هشام عن محمد رحمهما الله أن شرب النيء منه بعد مااشتد لايحل . . ثم قال : ولايحد من شرب مما يتخذ من العسل والحنطة والشعير والذرة والفانيذ والسكرى وما اشبه ذلك سكر مما شربه أو لم يسكر ، لأن النص ورد بالحد في الخمر وهذا ليس في معناه ، فلو اوجبنا فيه الحد كان بطريق القياس .ولأن ماذكر من هذه الأشربة ليس من جنس مايتلهى به ، أو السكر الحاصل بها ليس من جنس اللهو ، وبعض هذه الجملة هو البنج ولبن الرماك والأفيون مذكور في النوادر — اما المتخذ من الشعير والحنطة والعسل فمذكور في الجامع الصغير وفي المبسوط .

قال البزدوي : من سكر من شراب يتخذ من الحنطة والشعير والعسل لم يحد على قول أبي حنيفة فإن السكر في هذه المواضع بمنزلة الإغماء يمنع من صحة

الطلاق والعتاق وسائر التصرفات لأن ذلك ليس من جنس اللهو فصار من اقسام المرض .

النوع الثانى من السكر وهو السكر المحظور فهو السكر من كل شراب محرم وكذلك السكر من النبيذ المثلث ، او نبيذ الزبيب المطبوخ المعتق لأن هذا وان كان حلالا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله فانما يحل بشرط أن لايسكر منه وذلك من جنس مايتلهى به فيصير السكر منه مثل المسكر من الشراب المحرم وهو موجب للحد .

ما هو المثلث : عصير العنب إذا طبخ حتى ذهب ثلثاه بالنار وبقى ثلثه ثم رقق الماء وترك حتى اشتد سمى مثلثا .

حكمه : يرى أبو حنيفة وأبو يوسف أن شرب المثلث حلال لاستمراء الطعام والتداوى والتقوى دون التلهى به واللعب .

وقال الامام محمد رحمه الله : لايحل شرب المثلث : ويروى عنه أنه قال : إنه مكروه .

واتفق فقهاء الحنفية على ان المكلف لو سكر من شربه للمثلث فإنه يجب الحد . وان طلاق السكران منه ، وبيعه ، وإقراره جائز .

نبيذ الزبيب ونقيعه : هو الماء الذى ألقى فيه الزبيب ليخرج حلاوته إليه .

حكمه : إن لم يطبخ حتى اشتد وغلا وقذف بالزبد فهو حرام للآثار الواردة فيه . وإن اشتد بعد ماطبخ أدنى طبخة يحل شرب القليل منه عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، وفى رواية عنهما أنه يحل مالم يذهب ثلثاه بالطبخ فإن ذهب ثلثاه بالطبخ فإنه لايحل كالعصير . . . .

والشرب من هـــذه الأشربة حتى السكر حرام بالاتفاق بين أبي حنيفة وصاحبيه لقوله عليه الصلاة والسلام « حرمت الخمر لعينها ، والسكر من كل شراب » .

ما هو المعتق : المعتق المشتد ، وتعتيق الخمر هو تركها لتصير عتيقة اى قديمة شديدة .

وجه التحريم : قال الحنفية : إن المثلث ، ونبيذ الزبيب كلاهما من جنس مايتلهى به لأنه متخذ من العنب كالخمر ، ولفساق يستعملونه استعمال الخمر للتلهي والفسق فيكون السكر منه محظورا ، وهو يوجب الحـــد .

هل ينافى السكر المحظور خطاب التكليف ؟ ؟ قال الإمام البزدوى : وهـذا السكر المحظور لاينافى الخطاب باجماع فقهاء المذهب لأنه تعالى قال : « ياأيها الذين آمنوا لاتقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ماتقولون » .

ووجه الاستدلال بالآية هو أن الآية خطابا آمراً بالامتناع عن الصلاة حال السكر وهذا إن كان خطابا للسكران حال سكره فلا شبهة فى أنه لاينافى الخطاب وإن كان فى حال الصحو فكذلك لاينافى الخطاب أيضا إذ لو كان منافيا له فصار كأنه قيل لهم إذا سكرتم وخرجتم عن أهلية الخطاب فلا تصلوا لأن الواو فى قوله تعالى « وأنتم سكارى » هى للحال والأحوال شروط وحينئذ يصير كقولك للعاقل إذا جننت فلا تفعل كذا وفساد هذا المعنى ظاهر لأن فى هذا إضافة الخطاب إلى حالة منافية له . وبذا كان السكران أهلا للخطاب فى حالة السكر .

فإن قيـــل السكر يعجزه عن استعمال العقل وفهم الخطاب كالنوم والاغماء فينبغى أن يسقط الخطاب عنه أو يتأخر كالنائم والمغمى عليه وأن لا يصح منـــه ماينبنى على صحة العبارة .

والجواب هو أن الخطاب إنما يتوجه على العبد باعتدال الحال وأقيم السبب الظاهر وهو البلوغ عن عقل مقامه تيسيراً لعذر الوقوف على حقيقته. وبالسكر لا يفوت هذا المعنى .

وعلى كل حال فإن قدرة المكلف على فهم الخطاب إذا فاتت بآفة سماوية فإنها تصلح عذراً في سقوط الخطاب عنه أو تأخره عنه حتى لا يؤدى تكليفه وهو بهذا الحال إلى التكليف بما ليس في الوسع وإلى الحرج .

لكن إن فاتت قدرة المكلف على فهم الخطاب بسبب من جهة العبد نفسه ومن فعله هو لأمر هو معصية في نظر الشارع فإن الشرع يعتبره قادراً على فهم الخطاب حكما ويتوجه إليه لأنه كان في وسعه دفع السكر عن نفسه بالامتناع عن الشرب فكان هو باقدامه على شرب الخمر قد ضيع قدرة نفسه على فهم الخطاب ، فيبقى التكليف متوجها عليه في حق الاثم وإن لم يبق في حق الأداء . وبهذا الطريق بقي التكليف بالعبادات في حقه وإن كان لا يقدر على الأداء ، ولا يصح منه الأداء .

وإذا ثبت أن السكران مخاطب ثبت أن السكر لا يبطل شيئا من الأهلية لأنها بالعقل والبلوغ ، والسكر لا يؤثر في العقل بالاعدام ، فيلزمه لذلك أحكام الشرع كلها من الصلاة والصوم وغيرهما .

طلاق السكران : السكران بمحظور شرعا تصح عباراته كلها بالطلاق والعتاق هذا هو رأى الحنفية وهو أحد قولى الشافعى رحمه الله .

رأى مالك : يرى مالك ان عبارات السكران لا تصح وأن طلاقه لذلك لا يقع وهو القول الثانى للشافعى واختار ذلك الحسن الكرخى وأبو جعفر الطحاوى من الحنفية . ونقل ذلك عن عثمان رضى الله

وقالوا : إن غفلة السكران فوق غفلة النائم فإن النائم ينتبه إذا نبه أما السكران فإذا نبه لا ينتبه . وطلاق النائم وعتاقه لا يقع فطلاق السكران وعتاقه أولى .

وفى شرح البدخشى(١) : لا يجوز تكليف الغافل من أحال تكاليف المحال وإن الإتيان بالفعل امتثالا يعتمد الفعل ولا يكفى مجرد الفعل لقوله عليه الصلاة والسلام « إنما الأعمال بالنيات » .

والحاصل : أن تكليف الغافل كالساهى والنائم والمجنون والسكران وغيرهم لا يجوزه من منع التكليف بالمحال .

وقال صاحب الإبهاج اتفق الكل حتى القائلين بجواز التكليف بما لا يطاق على أنه يشترط فى المأمور أن يكون عاقلا يفهم الخطاب أو يتمكن من فهمه ، لأن الأمر بالشيء يتضمن إعلام المأمور بأن الآمر طالب للمأمور به منه ، سواء أمكن حصوله منه أو لم يمكن كما فى التكليف بما لا يطاق وإعلام من لا عقل له ، ولا فهم متناقض إذ يصير التقدير يامن لافهم له افهم ويامن لا عقل له اعقل المأمور به .

فعلى هذا لا يجوز أمر الجماد والبهيمة لعدم العقل والفهم وعدم استعدادهما ؛ ولا أمر المجنون والصبى الذى لا يميز لعدم العقل والفهم التامين ، وإن كانا مستعدين لهما . .

ثم قال : والذى نص عليه الشافعى رضى الله عنه أن السكران مخاطب مكلف ولكن الأصوليين على طبقاتهم ، منهم القاضى فى مختصر التقريب صرحوا بخروج السكران الخارج عن حد التمييز عن قضية التكليف ، والتسوية بينه وبين سائر من لا يفهم .

قال الغزالى : بل السكران أسوأ حالا من النائم الذى يمكن تنبيهه ! ! فإما أن يكون ما قاله الشافعى قولا ثالثا مفصلا بين السكران وغيره للتغليظ عليه ! أو

(١) شرح لبدخشى وشرح الاسنوى نهاية السول كلاهما شرح منهاج الوصول علم الأصول ج١ ص ١٢٦ - ١٢٨ .

يحمل كلامه على السكران الذى لا ينسل عن رتبة التمييز دون الطافح المغشى عليه .

ولا ينبغى أن يظن ظان من ذلك أن الشافعى يجوز تكليف الغافل مطلقاً فقدره رضى الله عنه يجل عن ذلك .

وأظهر الرأيين عندنا : أن الشافعى فصل بين السكران وغيره ثم إنا نقول لعل ذلك هو الحق دالين عليه بقوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ماتقولون »(١) .

فإن قلت : لعل المراد بالسكران فى الآية النشوان الذى لا ينسل عن رتبة التمييز .

قلت : هذا التأويل ينافى سياق الآية فإن المولى جل وعلا قال « حتى تعلموا ما تقولون » وليس عندى على من قال إن السكران مكلف إلا إشكال دقيق لولاه لجزمت بالقول بأنه مكلف وهو أنه يلزم من قال إنه مكلف أن يأمره بالوضوء ويطالبه بالصلاة ، ويرد عليه إذن قوله تعالى (لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى) فإن تحريم الصلاة عليه لا يجامع مطالبته بها ؟ ! فالآية تصلح معتصما للفريقين . فمن يكلفه يقول الله تعالى خاطبه ! ! ومن يمنع يقول : قد أمره بألا يقرب الصلاة .

فإن قلت : كيف لا تكلفون النائم وهو يضمن ما يتلفه فى نومه ، ويقضى الصلوات التى تمر عليه ومواقيتها إلى غير ذلك من الأحكام ؟ ؟

قلت : الذى قلناه أنه لا يخاطب فى حال نومه ولكن يتوجه عليه الخطاب بعد ذلك لقوله صلى الله عليه وسلم « من ترك صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها »

فان قلت : إنما يخاطب فى اليقظه بسبب ما تقدم فى النوم ؟ قلت مقصدنا

---

(١) النساء آية رقم ٣

نفى الخطاب في حال النوم فأما ثبوت أسباب يسند إليها تنبت الأحكام فى اليقظة فمما لا تنكره(١) .

وقال الآمدى : اتفق العقلاء على أن شرط التكليف أن يكون المكلف عاقلا فاهماً للتكليف لأن التكليف خطاب ، وخطاب من لاعقل له ولا فهم محال كالجماد والبهيمة .

ثم قال : وعلى هذا فالغافل عما كلف به . والسكران المتخبط لا يكون خطابه وتكليفه فى حال غفلته وسكره أيضاً إذ هو فى تلك الحالة أسوأ حالا من الصبى المميز فيما يرجع إلى فهم خطاب الشارع وحصول مقصوده منه وما يجب عليه من الغرامات والضمانات بفعله فى تلك الحال، فتخريجه كما سبق فى الصبى والمجنون .

ونفوذ طلاق السكران : ففيه منع خطاب الوضع والإخبار وإن نفذ فليس من باب التكليف فى شىء بل من باب ماثبت بخطاب الوضع ، والإخبار بجعل تلفظه بالطلاق علامة على نفوذه كما جعل زوال الشمس ، وطلوع الهلال ، علامة على وجوب الصلاة والصوم . وكذلك الحكم فى وجوب الحد عليه بالقتل والزنا وغيره .

وقوله تعالى : « ولا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ماتقولون » وإن كان من خطاب التكليف بنهى السكران ، فليس المقصود منه النهى عن الصلاة حالة السكر ، بل النهى عن السكر وقت إرادة الصلاة .. وتقديره : إذا أردتم الصلاة فلا تسكروا ! ! كما يقال لمن أراد التهجد لاتقرب التهجد وأنت شبعان أى لاتشبع إذا أردت التهجد حتى لايثقل عليك التهجد(٢) .

ما المراد بالسكران ؟ ؟ قال الآمدى : يجب حمل لفظ السكران فى الآيه على

---

(١) الابهاج فى شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للقاضى البيضاوى تأليف شيخ الإسلام على عبد الوهاب السبكى وولده تاج الدين عبد الوهاب السبكى ص ١٥٥ - ١٥٧ - الناشر مكتبة الكليات الأزهرية - القاهرة

(٢) الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى جـ ١ ص ١٣٨ - ١٤٠

من دب الخمر فى شئونه ، وكان ثملا نشوانا ، وأصل عقله ثابت لأن ذلك مما يؤول إلى السكر غالباً . والتعبير عن الشىء باسم ما يؤول إليه يكون تجوزا كما فى قوله تعالى : «إنك ميت . إنهم ميتون» وقوله تعالى «حتى تعلموا ماتقولون» فيجب حمله على كمال التثبت على مايقال إذ هو غير ثابت حالة الانتشاء ، وإن كان العقل والفهم حاصلا . وذلك كما يقال لمن أراد فعل أمر وهو غضبان لا تفعل حتى تعلم ما تفعل ، أى حتى يزول عنك الغضب المانع من التثبت على ما تفعل وإن كان عقله وفهمه حاصلا . ويجب المصير إلى هذه التأويلات جمعاً بين الآية وبين ماذكرناه من الدليل المانع من التكليف(١) .

تصرفات السكران بالبيع والشراء ونحوهما :

١ — المذهب الحنفى : يرى الحنفية أن السكر المحرم لايفقد صاحبه أهليته وأنه لذلك ملزم بأحكام الشرع كلها فيصح بيعه وشراؤه وإقراره وتزويجه الولد الصغير وتزوجه وإقراضه واستقراضه وسائر تصرفاته قولا وفعلا فهو مخاطب كالصاحى ، وبالسكر لا ينعدم عقله إنما يغلب عليه السرور فيمنعه من استعمال عقله وذلك لا يؤثر فى تصرفه سواء شرب مكرهاً أو طائعاً .

رأى قاضى خان : ذكر فى شرح الجامع الصغير لقاضى خان رحمه الله أن المكلف إذا شرب المسكر مكرها ثم طلق أو أعتق فهـــذا محل اختلاف فقهاء المذهب . والصحيح عدم نفاذ تصرفه فى هذه الحالة لأنه كما لا يجب عليه الحد لا ينفذ تصرفه فإنه ينعدم بالسكر القصد الصحيح وهو العزم على الشىء لأن ذلك ينشأ عن نور العقل وقد احتجب عنه بالسكر . . وأن العبارة وإن وجدت منه حسا لكنها عبارة غير صحيحة لأن صحتها تبنى على العقل وقد احتجب عنه ذلك بالسكر . حتى أن السكران إذا تكلم بكلمة الكفر لم تبن منه امرأته استحسانا . أما قياساً فتبين منه امرأته لأنه مخاطب كالصاحى فى اعتبار أقواله وأفعاله .

---

(١) المرجع السابق .

وجه الاستحسان : ووجه الاستحسان هو أن الردة تبنى على القصد والاعتقاد ونحن نعلم أن السكران غير معتقد لما يقول ، بدليل أنه لا يذكره بعد الصحو وما كان عن عقد القلب لا ينسى خصوصاً المذاهب . فإنها تختار عن فكر وروية وعما هو الأحق من الأمور عنده ، وإذا كان كذلك كان هذا عمل اللسان دون القلب فلا يكون اللسان معبراً عما في الضمير فجعل كأنه لم ينطق به حكما ، أسوة بالصاحي الذي جرت كلمة الكفر على لسانه خطأ بل هذا أولى لأنه قل أن ينجو سكران من التكلم بكلمة الكفر عادة .

أما من تكلم هازلا بكلمة الكفر فهو كافر لأنه بنفسه قد أتى ما هو استخفاف بالدين وهو كفر وقد صدر منه عن قصد صحيح فيعتبر .

هذا وقد استدل بعضهم على عدم اعتبار ردة السكران وإهمال عباراته بما روى أن واحداً من كبار الصحابة سكر حين كان الشراب حلالا فقال لرسول الله صلى الله عليه وسلم : هل أنتم إلا عبيدى وعبيد آبائى ولم يجعل ذلك منه كفرا ، وقرأ وهو سكران قل يا أيها الكافرون فى صلاة المغرب وترك اللاآت فنزل قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى » . ومع هذا كله لم يحكم النبى صلى الله عليه وسلم بكفره . ولا بالتفريق بينه وبين امرأته ولا بتجديد الإيمان .

فدل ذلك على أن التكلم بكلمة الكفر فى حال السكر لا يحكم بها بالردة ، كما لا يحكم بها فى حالة الخطأ والجنون ومن ثم فلا تبين امرأته .

وقد يعترض على التمسك بهذا الحديث بأن هذا الحديث هو فى وقت كان فيه الشرب مباحاً وكلامنا فى السكر المحظور فصيرورة السكر عذرا فى وقت كان الشرب مباحاً لا يجعله عذرا فى وقت أصبح السكر فيه يحرم .

إسلام الكافر حال سكره : يرى الحنفية ان الكافر إذا أسلم فى حال السكر يجب أن يصح إسلامه بوجود أحد الركنين ترجيحاً لجانب الإسلام كما فى المكره .

وقالوا : إن الاعتراض القائل بأنه لاينبغي أن يحكم بصحة إسلام الكافر وهو سكران لجواز رجوعه كما قاله من كلمة الإسلام ودليـــل الرجوع موجود وهو السكر فلا يثبت إسلامه ـ هذا الاعتراض مردود لأن رجوعه وهو سكران عن الإسلام لا يقبل لأن الرجوع ردة ولذا لا يؤثر فى إسلامه دليل الرجوع . . وحتى لو أثبتنا ردة السكران فالسكر مانع من صحتها فلا يمكن إثباتها بما يمنع عن ثبوتها ؛ لأن السكر دليل الرجوع إذ السكران لا يكاد يستقر على أمر أو يثبت على كلام[1] .

الإقرار بما يوجب القصاص أو حـد القذف : قال الحنفية : إن السكران بمحظور معتبر كالصاحى فى كل أقاريره بحقوق العباد فإذا أقر بالقصاص أو باشر سبب القصاص لزمه حكمه ، وإذا أقر بالقذف أو قذف لزمه الحد لأن السكر دليل الرجوع فى الكلام وعدم الثبوت عليه والمعروف أن الرجوع عن الإقرار المظهر حقاً للعبد لا يبطل هذا الحق الذى ثبت فدليل الرجوع عن الإقرار به من باب أولى لا يبطل به الحق المكتسب بالإقرار من قصاص أو حد قذف .

وفى المبسوط : وإذا قذف السكران رجلا حبس حتى يصحو ثم يحد للقذف ثم يحبس حتى يخف عليه الضرب ثم يحد للسكر لأن حد القذف فيه معنى حق العباد فيقدم على حد السكر ولا يوالى بينهما أى فى إقامة الحدين لئلا يؤدى إلى التلف والهلاك ، وسكره لا يمنع وجوب الحد عليه بالقذف لأنه مع سكره مخاطب . ألا ترى أن بعض الصحابة رضى الله عنهم أخذوا حد الشرب من حد القذف فقد روى عن (على) رضى الله عنه أنه قال : إذا شرب هذى ، وإذا هذى افترى وحد المفترين فى كتاب الله تعالى ثمانون جلدة .

الإقرار بما يوجب حد الزنى أو السرقة أو الخمر : إذا أقر السكران

---

(١) المصدر السابق ص ٣٥٥ .

بما يوجب حداً هو حق لله تعـالى أو بما الغالب فيه حقه سبحانه وتعالى فإنه لا يؤخذ بهذا الإقرار حتى يصحو فيقر ثانياً أو يقوم عليه البينة الشرعية بما أقر به فى حال سكره بما يوجب الحد . فالسكر كما يرى الحنفية يجعل صاحبه لا يثبت على كلامه ولا يصر على إقراره فالسكران يتكلم بالشيء وضده والإصرار على الإقرار بالسبب لابد منه لإيجاب الحد فالرجوع عن الإقرار بما يوجب حداً غير حد القذف يصح ، وقد قارن المقر هنا دليل الرجوع عن الإقرار ، وهو السكر فمنع إقراره عن الثبوت لأن المنع أسهل من الرفع .

إذا زنا أو سرق : إذا باشر السكران الزنى أو السرقة وشهد عليه بما يوجب الحد فيهما فإن السكر لا يمنع من إقامة الحد عليه إذا صحا فالسكر لا يصلح شبهة دارئة للحد لأنه حصل بسبب هو معصية فلا يصلح سبباً للتخفيف لكن الحد يؤخر إلى أن يصحو لأن المقصود من إقامة الحد ليس الانتقام بل الانزجار وهو لا يحصل بالاقامة فى حالة السكر .

ردة السكران : قال الامام البزدوى رحمه الله : أن السكران بمعصية تلزمه أحكام لأن السكر لا يزيل العقل لكنه سرور غلبه فإن كان سببه معصية لم يعد السكر عذراً شرعيا وكذلك إذا كان سببه مباحاً مقيداً وهو ما يتلهى به فى الأصل فمن شرب الخمر أو العاذق أو نحوهما من الأشربة المحرمة لم يعد السكر عذرا فى سقوط الخطاب عنه ، وإذا كان سببه مباحاً جعل السكر عذراً فى سقوط الخطاب عنه كمن شرب شراباً متخذاً من الحنطة أو الشعير فهذه الأشربة مباحة على الاطلاق لأن شربها الأصل فيه أنه للتقوى لا للتلهى ولا أثر لتغيرها فى الحرمة لأن تغير الطعام لا يؤثر فى الحرمة وكذا نفس الشدة لا توجب الحرمة لأنها توجد فى بعض الأدوية كالبنج وفى بعض الأشربة كاللبن .

أما السكر فى الردة وإن كان سكراً بطريق محظور فقد اعتبرت الردة فيه ردة غير صحيحة ، ولا يترتب عليها آثارها لأن السكر جعل عذراً فيها بل عدم

الصحة بسبب فوات ركن الردة وهو تبــدل الاعتقاد فلا تثبت الردة فى حق السكران استحسانا .

فعبارة السكران التى يترتب عليها أحكام من طلاق أو بيع أو شراء أو عتق اعتبرت وكأنها صادرة من إنسان صاح أى أن ركن التصرف قد صدر من أهله مضافاً إلى محله فوجب القول بصحته .

والسكر غير مانع من صحة الاقرار بما يوجب حداً إذا صحا وأقر ثانياً لا لأن السكر عذر مانع من صحة الإقــرار بل لأن السكر عادة يجعل المتصف به مختلط الـكلام ولا يثبت على قول . . يؤكد ذلك أن فقهاء المذهب اتفقوا على أن السكر لا يثبت بدون هــذا الحد أى بدون اختلاط كلام من اتصف به فـكان اختلاط كلام السكران هو الأصل .

بل لقد زاد أبو حنيفة شرطاً فى حق وجوب الحد على السكران فقال :

السـكر الذى يتعلق به الحد أن لا يعرف الأرض من السماء ولا الأنثى من الذكر اعتباراً للنهاية فى السبب الموجب للحد كما فى الزنا والسرقة — لأنه إذا كان يميز بين الأشياء كان مستعملا لعقله من وجه . فلا يكون ذلك نهاية السكر وفى النقصان شبهة العدم والحد يندرىء بالشبهات .

أما السكر عند الصاحبين فهو اختلاط الـكلام وغلبة الهذيان ويعد سكرانا عرفا من اختلط كلامه بالشرب ، فاعتبر هذا القدر فى تحديد السـكر لـكى يكون دليل على الرجوع فى الإقرار والرجوع عن الاقرار فى حقوق الله تعالى الموجبة حداً صحيحا ومسقطا للحد فأقيم السـكر مقام الرجوع — لـكن ما يعاين من الأسباب الموجبة للحد لا يؤثر فيها السكر بالطريق المحظور وكانت القاعدة التالية :

١ — إن أقر السـكران بمحظور بما لا يحتمل الرجوع كالقود والقـذف أو باشر سبب الحد مطلقاً بأن زنى أو قذف حال السـكر فلا يصلح السـكر

سبباً للتخفيف ولا عذراً . لأن الأول لا يسقط بصريح الرجوع فكيف يسقط بدليل الرجوع ؟ ! ! وهو السكر .

وأما الثانى فلأن السكران إذا باشر سبباً هو معصية لم يصلح السكر سبباً للتخفيف لكن إقامة الحد تؤخر عنه إلا لصحو ليحصل الانزجار .

٢ — إذا أقر السكران بما يحتمل الرجوع عنه كإقراره بمباشرة أسباب الحدود الخالصة لله تعالى مثل حد الزنا وشرب الخمر والسرقة لم يحد ، لأن السكران لا يكاد يثبت على شئ فأقيم السكر مقام الرجوع فيما يحتمله من الأقارير .

٣ — حد السكر المتفق عليه المميزة بين السكر والصحو هو اختلاط الكلام فمن اختلط كلامه بالشرب لا يرتد بكلمة الكفر ولا يلزمه الحد بالإقرار بما يوجب الحد الخالص لله تعالى .

وزاد أبو حنيفة لإيجاب الحد أن يكون السكران غير قادر على التفرقة بين الأرض والسماء والمرأة والرجل بمعنى أن السكر يساوى فى هذه الحالة زوال العقل إذ لو ميز يكون فى السكر نقصان وفى النقصان شبهة لعدم فيندرىء بها الحد(١) .

---

(١) كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوى ج٤ ص ٣٥٥ - ٣٦٠ ومرآة الأصول فى شرح مرقاة الوصول لمن خسرو ص ٣٥٠ .

الهـزل

معنى الهزل : هو اللعب بمعنى أن يراد بالشيء ما لم يوضع له لاشرعا ولاعقلا .

فالـكلام موضوع عقلا لافادة معناه حقيقة كان أو مجازا ـ والتصرف الشرعى موضوع لإفادة حكمه فإذا أريد بالـكلام غير موضوعه الشرعى وهو عدم إفادته الحـكم أصلا فهو الهزل .

الفرق بين المجاز والهزل : الهزل هو التـكلم بالشيء ما لم يوضع له لا عقلا ولاشرعا أما المجاز فهو ماوضعه العقل من الكلام لافادة المعنى المجازى فإفادة المعنى المجازى مراد وإن لم يكن الموضوع له اللغوى مرادا — فالهزل لعب إذ اللعب لا يفيد أصلا .

تعريف الفقهاء للهزل : وقد عرف بعض الفقهاء الهزل بأنه كلام لا يقصد به ما صلح له الـكلام بطريق الحقيقة ولا ماصلح له بطريق المجاز .

تعريف الشيخ أبو منصور : عرف الشيخ أبو منصور الهزل بأنه ما لا يراد به معنى .

قال البزدوى : الهزل تفسيره اللعب وهو أن يراد بالشيء ما لم يوضع له وهو ضد الجد وهو أن يراد بالشيء ما وضع له .

الفرق بين الهزل والتلجئة : قيل التلجئة هى الهزل فهما مترادفان وذكر فى المغرب أن التلجئة أن تلجئك إلى أن تأتى أمرا باطنه خلاف ظاهره فتـكون التلجئة نوعا من الهزل والهزل أعم منها لأن اشتراطه قد يـكون سابقاً على العقد وقد يـكون مقارنا له بأن تقول بعتك هازلا ـ واشتراط التلجئة لا يـكون إلا سابقاً على العقد .

والأظهر : أن التلجئة والهزل مترادفان .

وفى المبسوط معنى قوله ألجأ إليك دارى أى أجعلك ظهرا لى لأتمكن بجاهك من صيانة ملكى . يقال التجأ إلى فلان وألجأ ظهره إلى كذا والمراد هذا المعنى .

وقيل معنى التلجئة الاضطرار فقولك أنا ملجأ إلى ما أباشره معك من عمل ولست بقاض حقيقة .

وشرط الهزل : أى الشرط أن يكون مشروطاً باللسان صريحاً قبل العقد أنهما هازلان فى العقد فلا يثبت الهزل بدلالة الحال .

ولا يشترط ذكره فى العقد ، لأنه لو ذكر فى العقد لما حصل مقصودهما ، لأن غرضهما من البيع هازلان يعتقده الناس بيعا وهو ليس ببيع فى الحقيقة بخلاف خيار الشرط حيث يشترط أن يذكر فى العقد .

حكمه : الهزل لا ينافى أهلية الوجوب وأهلية الأداء ، ولا اختيار المباشرة والرضا بها ولكنه ينافى اختيار الحكم والرضا به .

فالهازل يتكلم بصيغة للعقد مثلا باختياره ورضائه لكنه لا يختار ثبوت الحكم ولا يرضاه .

ما هو الاختيار ؟ الاختيار هو القصد إلى الشيء وإرادته .

ماهو الرضا ؟ الرضا هو إيثار الشيء واستحسانه . .

فالمكره على المشى مثلا يختار ذلك ولا يرضاه ، ومن ههنا قالوا : إن المعاصى والقبائح بإرادة الله تعالى لا برضاه لأن الله لا يرضى لعباده الكفر .

التصرفات حسب الرضا والاختيار : التصرفات إما عقائد أو إخبارات ، أو إنشاءات .

وجة هذا الحصر : فالتصرفات إن كانت إحداث حكم شرعى فهى إنشاء وإلا فإن كان القصد منها راجعاً إلى بيان الواقع فهى إخبارات ، وإلا فهى عقائد وهما الايمان والردة .

والإنشاء إما أن يحتمل الفسخ أو لا ؟ ، والأول وهو ما يحتمل الفسخ إما أن يتواضع المتعاقدان على أصل العقد[1] أو الثمن بحسب قدره أو جنسه وعلى هذه التقادير الثلاثة . إما أن يتفق المتعاقدان على الاعراض عن الهزل والمواضعة أو يتفقا على بناء العقـــد عليهما أو كان الحال أنهما لم يحضرهما شىء ، وإما أن لا يتفقا على شىء من ذلك . وحينئذ اما أن يدعى أحدهما الاعراض والآخر البناء على الهزل أو عدم حضور شىء أو يدعى أحدهما البناء والآخر عدم حضور شىء من ذلك . وبيان ذلك كله فيما يلى :

في الانشاءات :

أولا : إذا دخل الهزل فيما يحتمل النقض والفسخ مثـــل البيع والإجارة وذلك على ثلاثة أوجه .

الوجه الأول : إما أن يهزل بأصله .

الوجه الثانى : أن يهزل فى العوض .

الوجه الثالث : أن يهزلا فى جنس العوض .

أما الوجه الأول : وهو أن يكون الهزل فى أصل العقد بأن يتفقا ويتواضعا أى المتعاقدان على الاعراض وذلك بأن يقول قبل البيع مثل اننا نتكلم بلفظ

---

(١) التواضع هو عبارة عن وضع كل واحد من المتعاقدين رأيهما على شىء — والمواضعة الموافقة يقال واضعته فى الأمر أى وافقته عليه والتواضع هنا بمعنى التوافق على شىء [كشف الاسرار جـ ٤ ص ٣٥٨ ومرآة الوصول ص ٣٥٠] .

البيع عند الناس ولا نريد البيع ويقولا بعد البيع إنا قد أعرضنا وقت البيع عن الهزل وبعنا بيعاً جاداً صحيحاً نافذا ففي هذه الحالة يصح البيع بالثمن المذكور وبطل الهزل لاتفاقهما على الإعراض .

وإن اتفقا على بناء العقد على الهزل والمواضعة صار كخيار الشرط بصفة مؤبدة لوجود الرضى بالمباشرة لا الحكم وهو الملك وهذا يفسد به العقد كما يفسد في الخيار المؤبد ولا يملك المبيع بالقبض كما في سائر البيوع الفاسدة لعدم اختيار أثر العقد (حكم العقد) ويترتب على ذلك أنه لو نقض العقد أحد العاقدين فإنه ينتقض لأن لكل واحد منهما ولاية النقض .

لكن صحة العقد تتوقف على اختيارهما صحته جميعها لأن ما حدث منهما في أصل العقد كان بمثابة ومنزلة شرط الخيار لهما فإجازة أحدهما لا يبطل خيار الآخر وقدر الإمام أبو حنيفة مدة الخيار بثلاثة أيام اعتباراً بالخيار المؤبد . فإذا مضت هذه المدة ولم يجز العقد منهما فإن العقد يفسد بمضى المدة ، وإن أجازاه في الثلاثة أيام جاز لا إن أجازه أحدهما فقط[1] .

رأى الصاحبين : يرى الصاحبان أن حق إجازة العقد ثابت لكل منهما مالم يتحقق النقض .

---

(١) لأن الهزل لا ينافي الأهلية ولا الاختيار والرضاء بمباشرة السبب ألا ترى أن الهزل لا يؤثر في النكاح بمقتضى قوله صلى الله عليه وسلم (ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين) فعلم من أن الهزل لا يؤثر في النكاح أنه لا ينافي الإيجاب أى السبب إذ لو كان منافياً لنفس الكلام وانعقاده سبباً لما صح النكاح لأنه لا ينعقد بالكلام الفاسد فهو لا ينعقد بعبارة المجنون مثلا لفسادها وبذلك علم أن كلام الهازل صحيح في انعقاده سبباً (كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوى جـ٤ ص ٣٥٨ — ٣٥٩) .

الاتفاق على أنهما وقت العقد لم يتواضعا على شيء أو اعرضا : يرى أبو حنيفة أن الأصـــل فى العقود الصحة واللزوم حتى يقوم المعارض لأنها شرعت للملك والجد هو الظاهر من إبرام صيغة العقد فإذا اتفقا على أنه لم يحضرهما ولم يقع فى خاطرهما وقت العقد أنهما بنيا عقدهما على المواضعة أو أعرضا أو اختلفا فى الإعراض والبناء صح العقـد عند أبى حنيفة لمـا تقدم ذكره وهو أن العقـد الشرعى الأصل فيـه الصحة واللزوم حتى يقوم المعارض والأصل فى العقـد هو ظهور أثره وحكمه وأن الجد هو الظاهر فيه ، واعتبار العقـــد أولى من اعتبار المواضعة التى لم تتصل بالعقد فمن ادعى عدم المواضعة فهو متمسك بالأصـل فـكان القول قوله وكان دعوى الآخر البناء على المواضعة كدعواه خيار الشرط فلا يقبل .

رأى الصاحبين : يرى أبو يوسف ومحمد أن العاقدين إذا اتفقا على أنهما عند إنشاء العقد لم يقع فى خاطرهما شيء من حيث أنهما بنياه على المواضعة أو أعرضا أو اختلفا فى الإعراض والبناء فإن العقد لا يصح لأن العادة جارية بأن يبنيا على المواضعة لئلا يكون الاشتغال بها عبثاً فإن مقصودهما بالتواضع صون المال عن التلف . ولأن الأصل فى العقد وإن كان هو الصحة واللزوم لـكن المواضعة سابقة والسبق من أسباب الترجيح ، وذلك لأن حالة الهزل لم يعارضها شيء فثبت حكمه بلا معارض والسكوت فى حالة العقد أو الاختلاف فى البناء والإعراض لا يصلح معارضاً لأنه غير متعرض للجد ولا للهزل فلذلك وجب العمل بالسابق .

وقـد أجاب أبو حنيفة : رحمه الله على ما استدل به الصاحبان أن العقد متأخر والمتأخر يصلح ناسخاً المتقدم إذا لم يتصل به ما يوجب تغيره نصاً لأن الجد هو الأصل فى الـكلام شرعاً وعقلا ، وكما يجب حمل الـكلام عليه إذا لم تسبقه مواضعة واتفاق على الهزل فإنه يجب حمله عليه إذا سبقه مواضعة إن أمكن عملا بالأصل ، وقد أمكن هنا لخلوه عن الهزل نصاً وعدم اتفاقهما على البنـاء على الهزل فيحمل عليه ويجعل ناسخاً للمواضعة السابقة لأنها تحتمل الإبطال . بخلاف

ما إذا اتفقا على البناء على المواضعة لوجود التصريح بالعمل بخلاف موجب الشر والعقل فلا يمكن الحمل على الصحة[1] .

الوجه الثانى والثالث : أن يتواضعا فى قدر البدل أو فى جنسه .

إذا كان الاتفاق بين العاقدين على التواضع فى قدر البدل بأن يتفقا مثلا على البيع بألفى درهم على أن يكون الثمن ألف درهم حقيقة .

أو يتواضعا فى جنسه بأن يتواضعا مثلا على البيع بمائة دينار على أن يكون الثمن مائة درهم .

رأى أبى حنيفة : يرى أبو حنيفة أن العبرة بظاهر العقد سواء فى التواضع فى قدر البدل أو فى الجنس فلو اتفقا على الإعلان فى صورة العقد أن الثمن ألفان وفى الحقيقة أن الثمن ألف فإن الثمن ألفان عند أبى حنيفة رحمه الله ، وإذا كان الاختلاف فى الجنس أى الدرهم مثلا أو الدينار فكذلك الحكم عنده .

رأى الصاحبين : يرى الصاحبان أنه ينعقد البيع بألف درهم أى أن العبرة عندهما إذا كان التواضع فى قدر البدل هو بالمواضعة أى ينعقد البيع بألف درهم إلا أن يتفقا على الإعراض وذلك لأن اعتبار الهزل فى حالة المواضعة فى قدر البدل فاعتبار الهزل فى هذه الحالة لا يوجب بطلان العقد لإمكان العمل بالجد بعد اعتبار المواضعة بتصحيح العقد بما بقى من المسمى ثمناً وهو الألف فوجب العمل بهما . غاية الأمر أن العمل بالمواضعة بمنزلة شرط مخالف لمقتضى العقد لكن الشرط إذا لم يكن له طالب من جهة العباد لا يفسد كشرط أن لا يبيع الدابة بخلاف الهزل فى الجنس حيث لا يمكن العمل بهما لأن اعتبار المواضعة فيه يوجب خلو العقد عن الثمن لأن الدراهم لم تذكر فى العقد وهذا أمر مبطل للعقد فافترقا .

---

(١) المرجع السابق .

وقال : أن العاقدين فى تواضعهما فى قدر البدل قد قصدا السمعة بذكر البدل الأعلى فذكرا أن ثمن البيع ألفان لكن فى الحقيقة هو ألف دينار فلا حاجة فى تصحيح العقد إلى اعتبار تسميتهما الذى هزلا به فكان ذكره والسكوت عنه سواء كما فى النكاح .

وجه قول أبى حنيفة : يرى أبو حنيفة أن الاتفاق السابق على العقد إنما يعتبر إذا لم يوجد من العاقدين ما يدل على الإعراض عنه ، وقد وجد هنا ما يدل عليه لأنهما جدا فى أصل العقد وقصدا بيعا جائزا. ولو اعتبرت المواضعة « الاتفاق» فى البدل لصار العقد فاسداً لأن أحد الألفين غير داخل فى العقد فيصير قبول العقد فيه شرطاً لانعقاد البيع بألف ويصير كأنه قال بعتك بألفين على أن لا يجب أحد الألفين لأن عمل الهزل فى منع الوجوب لا فى الإخراج بعد الوجوب بمنزلة شرط الخيار ، وهذا شرط فاسد لأنه ليس من مقتضيات العقد وفيه نفع لأحد المتعاقدين أولهما فيفسد به العقد ، كما إذا جمع بين حر وعبد فى البيع وفصل الثمن .

وإذا كان الأمر كذلك فإنه لا يمكن العمل بما قصد إليه المتعاقدان الهازلان من تصحيح العقد ، وهو المراد بالمواضعة فى البدل لاندفاع كل واحدة من المواضعتين بالأخرى ، فكان العمل بالمواضعة فى أصل العقد وهى ان ينعقد البيع صحيحاً عند تعارض المواضعتين أولا من العمل بالمواضعة فى الوصف وهى ان لا يجب الألف الثانى لأن الوصف تابع والأصل متبوع . فكان هو اولى بالاعتبار من الوصف . وإذا كان العمل بالأصل أولى فإنه يجب اعتبار التسمية فكان الثمن الفين هو الواجب التسليم والدفع[1] .

أما التواضع على البيع بمائة دينار على أن يكون الثمن ألف درهم فإن البيع جائز بالمسمى بالاتفاق على كل حال سواء اتفقا على الاعراض او على البناء او على أنه لم يحضرهما شيء او اختلفا وهذا استحسان .

---

(١) المصدر السابق .

أما القياس فالبيع فاسد لأنهما قصدا الهزل بما سميا ولم يذكرا فى العقد ماقصدا أن يكون ثمناً ، ولا يكتفى بالذكر قبل العقد بل يشترط ذكر البدل فيه فبقى البيع بلا ثمن . . .

وجه الاستحسان : أما صحة البيع فى الحال المذكورة استحسانا فلأن البيع لا يصح إلا بتسمية البدل وهما قصدا الجد فى أصل العقد هنا فلا بد من تصحيحه وذلك بأن ينعقد البيع بما سميا من البدل .

ويوضح ماذكر أن المعاقدة بعد المعاقدة فى البيع إبطال للعقد الأول فإنهما لو تبايعا بمائة دينار ثم تبايعا بألف درهم كان البيع الثانى مبطلا للأول ، فكذلك يجوز أن يكون البيع بعدالمواضعة بخلاف جنس ماتواضعا عليه مبطلا للمواضعة .

أما أبو يوسف ومحمد رحمهما الله فقد فرقا بين الهزل فى جنس البدل وبين الهزل فى قدره وقالا : ينعقد البيع فى حالة الهزل فى مقدار البدل بالألف لأن العمل بالمواضعتين ممكن وهما المواضعة على صحة أصل العقد والمواضعة (الاتفاق) على الهزل فى مقدارالبدل بأن يجعل العقد منعقداًبألف وإن كان المسمى ألفين لأن الألف فى الألفين موجود والهزل بالألف الآخر شرط لا طالب له لأنهما وإن ذكراه فى العقد لا يطلبه واحد منهما لاتفاقهما على أنه هزل وليس لغيرهما ولاية المطالبة وكل شرط لا مطالب له من جهة العباد لا يفسد به العقد كما إذا اشترى فرساً على أن يعلفه كل يوم كذا قدحا من الشعير ، أو اشترى حماراً على أن لا يحمل عليه أكثر من كذا أردباً من الحنطة فإنه لايفسد به العقد فكذا فى مسألتناهذه .

أما إذا كان الهزل فى جنس البدل فالعمل بالمواضعة فى العقد وهى أن ينعقد العقد صحيحاً وهذا أولى لأن العقد أصل والثمن تبع ولا يمكن العمل بالتسمية ولذلك انعقد البيع على الدنانير المسماة لا على الدراهم(١) .

الحالة الثانية : وهى الهزل فيما لا يحتمل الفسخ والنقض .

---

(١) المصدر السابق .

إذا كان الهزل فى إنشاء تصرف لايقبل النقض ولا الاقالة بعد ثبوته فهنا لا يثبت فيه المال بدون الشرط والذكر - وحاصل الكلام فى هـذه الحالة كما يلى :

العقد الذى لا يحتمل الفسخ إما أن يكون فيه مال بأن يثبت بدون شرط وذكر أو لا يكون.

والأول إما أن يكون المال فيه تبعاً أو مقصوداً فكانت الأقسام ثلاثة :

أولا : التصرفات التى لا مال فيهـا كالطلاق والعفو عن القصاص واليمين والنذر .

ومثال ذلك أن يقع الاتفاق بين الزوج وزوجته ، أو بين المولى وعبده بأن يطلقها أو يعتقه علانية ولا يكون وقوع الطلاق والعتاق مرادهما . ومثل ذلك العفو عن القصاص . وصورة اليمين أن يتفق الزوج مع زوجته بأن يعلق طلاقها بدخول الدار مثلا ، أو يتفق السيد مع عبده على أن يعلق عتقه بدخوله الدار مثلا ويكون هازلا . وهكذا فى النذر .

وحكم هـذا النوع من تصرفات الهازل وإنشاءاته أنها تقع صحيحة والهزل باطل .

واستدل الحنفية لذلك بقوله صلى الله عليه وسلم «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد : النكاح والطلاق ، واليمين» . وفى بعض الروايات «العتاق» مكان اليمين .

وقال الحنفية : إن النذر ملحق باليمين لقوله صلى الله عليه وسلم «النذر يمين وكفارته كفارة اليمين» كما ألحق الحنفية العفو عن القصاص بالطلاق ، لأن كل واحد منهما إسقاط بنى على السراية واللزوم .

واستدل الحنفية لقولهم أيضاً بالمعقول فقالوا : إن الهزل لا يمنع من انعقاد السبب لأن الهازل راض به ، وعند انعقاد السبب يوجد حكمه ضرورة عدم التراخى ولا الرد بالاقالة فى حكمها ولذا لا يحتمل خيار الشرط بخلاف التصرفات

التى تقبل الرد بالاقالة والفسخ كالبيع ونحوه.. والمراد بالأسباب هنا العلل. ولذا لا يعترض علينا بالطلاق المضاف إلى زمن فقد تأخر فيه السبب إلى وقت وجود الزمن لأننا نقول: إن الطلاق ليس بعلة بل سبب مفض، وإلا لاستند إلى وقت الايجاب كالبيع بشرط الخيار، فثبت أن هذه الأسباب لا تقبل الفصل عن أحكامها فلا يؤثر فيها الهزل كما لا يؤثر خيار الشرط لأن الهزل كما قلنا لا يمنع من انعقاد السبب وإذا انعقد السبب وجد حكمه لا محالة بخلاف البيع فإنه يقبل الرد والفسخ وحكمه يقبل التراخى عنه بشرط الخيار.

ثانيا ــ التصرفات التى لا تحتمل الفسخ والمال فيها تبعا: القسم الثانى من تصرفات الهازل وهى تصرفات لا تحتمل الفسخ ولا الرد بالاقالة وفيها آثار مالية لكن المال ليس مقصودا بهذه التصرفات بل هو تبع لها وأثر من آثارها وذلك كالنكاح والهزل فى هذا العقد إما أن يكون فى الأصل أو فى قدر البدل ــ أو فى جنس البدل:

فمثال الهزل فى الأصل أن يتواضعا على أن يتناكحا ولا يكون بينهما نكاح وهذا التصرف لازم أى أن العقد صحيح لقول الرسول صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والعتاق»[1].

فإذا قال لامرأة إنى أريد أن أتزوجك بألف دينار تزوجاً باطلا وهزلا ووافقته المرأة ووليها على ذلك وحضر الشهود هذه المقالة ثم تزوجها كان النكاح لازما فى القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى بما سميا من المهر للحديث السابق ذكره.

وأيضاً لما سبق أن بيناه من أن الهزل إنما يؤثر فيما يحتمل الفسخ بعد تمامه والنكاح غير محتمل للفسخ ولهذا لا يجرى فيه الرد بالعيب أو خيار الرؤية فلا يؤثر فيه الهزل.

أما الهزل فى مقدار البدل فى النكاح وذلك بأن يقول لامرأة ووليها أو يقول لوليها دونها إنى أريد أن أتزوجك، أو أريد أن أتزوج فلانة بألف درهم

---

(١) المصدر السابق.

وأظهر فى العلانية ألفين واجابه الولى أو المرأة إلى ذلك فتزوجها على ألفين علانية. فإن النكاح جائز بكل حال والمهر ألفان إن اتفقا على الإعراض ، وألف درهم فقط ان اتفقا على البناء لأنهما قصدا الهزل بذكر أحد الألفين ، والمال مع الهزل لا يجب .

ملاحظة : فى البيع يجب تمام الألفين المذكورين علنا عند التعاقد وهذا هو رأى أبى حنيفة لأنه ذكر أحد الألفين على وجه الهزل بمنزلة شرط فاسد والشرط الفاسد يؤثر فى البيع ولا يؤثر فى النكاح لا فى أصل العقد ولا فى الصداق .

وقال أبو حنيفة : إن المهر تابع فى النكاح إذ المقصود الأصلى فيه ثبوت الحل فى الجانبين الذى يحصل به التناسل وإنما شرع المال فيه إظهاراً لخطر المحل لا مقصودا ، ولهذا يصح النكاح بدون ذكر المهر ويتحمل فيه من الجهالة مالا يتحمل فى غيره . فلا يجعل المهر مقصودا بالصحة أى بصحة التسمية بأن يرجح جانب الجد على الهزل إذ لو اعتبرت صحة تسمية المهر فى النكاح كما فى البيع وجعل المهر ألفين لصار المهر بنفسه مقصوداً بالصحة فأصل النكاح صحيح بلاشبهة لعدم تأثير الهزل فيه ولعدم افتقاره فى الصحة إلى ذكر المهر — والمهر لا يصلح فى النكاح مقصودا أصلياً . أما الثمن فى البيع فهو مقصود أصلى بالصحة لأنه أحد ركنى البيع ولهذا يفسد البيع بفساده وجهالته كما يفسد بفساد المبيع وجهالته ولا يصح البيع بدون ذكره وإذا كان مقصودا وجب تصحيحه بترجيح جانب الجد على جانب الهزل إن أمكن .

ولا يقال إن الثمن تابع فى البيع أيضا كالمهر فى النكاح لأن الثمن فى البيع بمنزلة الوصف !! لأننا نرد على هذا القول : إن الثمن تابع بالنسبة للبيع فى محلية البيع ، ولكنه مقصود بالنسبة إلى البايع لأنه لا غرض له سوى حصوله على ثمن ما باعه . ولهذا كان أحد ركنى البيع لأن البيع هو مبادلة مال بمال ولا تتحقق المبادلة بدونه . . فالثمن ركن فى البيع لكنه ركن زائد كالقراءة فى الصلاة مع سائر أركانها . وكالاقرار مع التصديق فى الايمان . أما المهر فى النكاح فليس بمقصود أصلا لأن الغرض من النكاح هو ثبوت الحل فى الجانبين ولذا افترق النكاح عن البيع .

رواية أخرى عن أبى حنيفة : روى أبو يوسف أن الرجل إذ ذكر فى النكاح أن المهر ألفان مع تواضعه معها على أن المهر ألف فإن المهر ألفان كما فى البيع .

ووجه هذا الرأى أن التسمية فى الصحة مثل ابتداء البيع أى التسمية بالمهر فى حكم الصحة وافتقاره إليها مثل ابتداء البيع من حيث أن التسمية فى النكاح لا تثبت إلا قصدا ونصا كابتداء البيع لا يثبت إلا قصدا ونصا . وإن الجهالة الفاحشة تمنع صحتها كما تمنع صحة البيع — والهزل يؤثر فيها بالافساد كما يؤثر فى ابتداء البيع . . .

وقد سبق أنه إذا اتفقا على أنه لم يحضرهما شيء أو اختلفا فى البيع فإن أبا حنيفة جعل العمل بصحة الايجاب فى الصورتين أولى من العمل بالمواضعة ترجيحاً للصحة على الفساد فكذلك هنا أى فى المهر لأن الهزل مؤثر فى تسميته بالافساد كما فى البيع .

وهذا الرأى الأخير أصح لأن فيه إهدار جانب الهزل ، واعتبار الجد الذى هو الأصل فى الكلام[1] .

الهزل فى جنس البدل : إذا كان الهزل فى جنس البدل والحكم فى هـــذه الحالة كما يلى :

إذا اتفقا على الإعراض عن الهزل والبناء على الظاهر الذى ذكراه فى العقد فالمهر ماذكراه وسمياه .

وإذا اتفقا على البناء على الهزل : فالواجب هو مهر المثل لأنهما قصدا الهزل بما سمياه فى العقد وهـذا هو رأى أبى حنيفة وصاحبيه — بخلاف البيع لأنه لا يصح إلا بتسمية الثمن ، والنكاح يصح بلا تسمية . وما ذكراه فى العقد

---

(١) كشف الأسرار عن أصول فخر الاســـلام البزدوى جـ ٤ ص ٣٦٣ — ٣٦٤ .

قصدا به الهزل ومع الهزل لا يجب المال . وما تواضعا عليه على أن يكون صداقا بينهما لم يذكراه فى العقد ، والمسمى لا يثبت بدون التسمية فإذا لم يثبت واحد منهما صار كأنه قد تزوجها على غير مهر فيكون لها مهر مثلها .

أما فى حالة المواضعة على أن يكون المهر ألفا ويذكرا فى العلن أن المهر ألفان فهذا يخالف المسألة السابقة لأنه فى حالة ذكر الألف والألفين وجدت تسمية المهر وقد سميا ما تواضعا على أن يكون مهرا وزيادة لأن فى تسمية الألفين تسمية الألف .

إذا اتفقا على أنه لم يحضرهما شيء أو اختلفا : فعن أبى حنيفة روايتان :

الأولى : رواية محمد رحمه الله عن أبى حنيفة أنه يجب مهر المثل لأن الأصل بطلان المسمى عملا بالهزل لئلا يصير المهر مقصودا بالصحة بمنزلة الثمن ولما بطل المسمى لزم مهر المثل .

الثانية : أما الرواية الثانية فهى رواية أبى يوسف عن أبى حنيفة أنه يجب المسمى قياسا على البيع .

رأى الصاحبين : أما الصاحبان فقد قالا بوجوب مهر المثل بناء على أصلهما من ترجيح المواضعة والاتفاق لأنها أسبق والعادة جرت بذلك . فأصبح النكاح خاليا عن المال لأن المال لا يثبت بالهزل ولم يثبت بالمواضعة لعدم التسمية فيلزم مهر المثل .

الحالة الثالثة : إذا وقع الهزل فى اصل التصرف او فى البدل المذكور فيه او فى جنسه وكان التصرف لا يقبل النقض وكان المال الواجب فيه لا يثبت إلا إذا ذكر ونص عليه اثناء إنشاء التصرف — وذلك كالخلع أو الطلاق على مال أو العتق على مال أو الصلح عن دم العمد .

وهذا النوع من التصرف قد يقع الهزل فى أصله أو فى البدل المذكور فيه

أو فى جنس البدل ثم قد يعرضا عن الهزل أو يتفقا على البناء عليه وقد يتفقا على أنهما لم يحضرهما شيء أو يختلفا فى ذلك .

فإذا اتفقا على الإعراض أو على عدم الحضور أو اختلفا فى الإعراض أو البناء على الهزل فإن الطلاق يقع ويلزم المال المذكور أثناء إنشاء التصرف .

فلو كان الخلع بطريق الهزل بأن قال الزوجان نخالع ولم يكن بيننا خلع ، أو خالع على ألفين مع المواضعة على أن المال ألف ، أو خالع على مائة دينار على أن المال ألف درهم .

وكذا فى الطلاق على مال والعتق على مال ونحوها . . ثم اتفقا على الاعراض عن الهزل أو اتفقا على عدم حضور أى شيء من الإغراض والبناء أو اختلفا فى الإعراض عن الهزل أو البناء عليه فإن الطلاق يلزم وكذا المال بالاتفاق بين الامام وصاحبيه وإن كان وجهة نظر كل منهما تتجه اتجاها بعيداً عما يتجه إليه الآخر .

فعند أبى حنيفة : فإنه يرجح جانب العقد على المواضعة فيقع الطلاق ويلزم المال .

أما عند الصاحبين فلأن الهزل بمنزلة خيار الشرط والخيار باطل عندهما لأن قبول المرأة شرط لليمين فلا يحتمل الخيار كسائر الشروط .

وكذلك يجب المال ويقع الطلاق عند الصاحبين إذا اتفق الرجل وزوجته على البناء على الهزل لأنه لاأثر للهزل فى ذلك .

ويرى أبو حنفية : أنه فى حالة الاتفاق على بناء التصرف على الهزل فإن وقوع الطلاق متوقف على مشيئة وإرادة المرأة لطلاق فإنه فى هذه الحالة يمكن العمل بالمواضعة بناء على أن الخلع لايفسد بالشروط الفاسدة بخلاف البيع(١) .

---

(١) المرآة ص ٣٥٤ - ٣٥٥ .

قال البزدوى رحمه الله : وأما الذى يكون المال فيه مقصودا مثل الخلع(١) والطلاق على مال ، والصلح عن دم العمد فإن ذلك على هذه الأوجه أيضا ـ فإن هزلا بأصله واتفقا على البناء فقد ذكر فى كتاب الإكراه فى الخلع أن الطلاق يقع والمال يجب وهو قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله .

أما عند أبى حنيفة رحمه الله فإن الطلاق لا يقع لأنه بمنزلة خيار الشرط وقد نص عن أبى حنيفة رحمه الله فى خيار الشرط فى الخلع فى جانب المرأة أن الطلاق لا يقع ولا يجب المال حتى تشاء المرأة فيقع الطلاق ويجب المال لما عرف ثمة .

وعندهما الطلاق واقع والمال واجب والخيار باطل فكذلك هذا ـ لكنه غير مقدر بالثلاث فى هذا بخلاف البيع .

وإن هزلا بالكل لكنهما أعرضا عن المواضعة وقع الطلاق ووجب المال بالإجماع وأن القول قول من يدعى الإعراض عند أبى حنيفة رحمه الله لأنه جعل ذلك مؤثراً فى أصل الطلاق .

وعندهما هو جائز ولا يفيد الاختلاف ـ وإن سكتا ولم يحضرهما شىء فهو جائز بالإجماع .

وإذا تواضعا على الهزل فى بعض البدل ، فإن اتفقا على البناء فعندهما الطلاق واقع والمال كله لازم لأنهما جعلا المال لازما بطريق التبعية .

وعند أبى حنيفة رحمه الله يجب أن يتعلق الطلاق باختيارها لأن الطلاق يتعلق بكل البدل وقد تعلق بعضه بالشرط .

وإن اتفقا على الإعراض لزم الطلاق والمال كله . وإن اتفقا على أنه لم

---

(١) المراد بكون المال مقصودا فى هذه التصرفات أن المال لا يمكن ثبوته وإيجابه فيها بدون ذكره والنص عليه وقت إنشاء هذه التصرفات كالخلع والطلاق على مال ـ والعتق على مال ـ والصلح عن دم العمد . ونحو ذلك من التصرفات .

يحضرهما شيء وقع الطلاق ووجب المال كله عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه حمل ذلك على الجد (فأمكن العمل بالعقد) وجعل ذلك أولى من المواضعة

وعندهما: كذلك لما قلنا. وكذلك إن اختلفا.

وأما إذا هزلا بأصل المال فذكرا الدنانير تلجئة وغرضهما الدراهم فإن المسمى هو الواجب عندهما: في هــذا بكل حال، وصار كالذي لا يحتمل الفسخ تبعا.

وأما عند أبي حنيفة رحمه الله: فإن اتفقا على الإعراض وجب المسمى وإن اتفقا على البناء توقف الطلاق، وإن اتفقا أنه لم يحضرهما شيء وجب المسمى ووقع الطلاق - وإن اختلفا فالقول قول من يدعي الإعراض. وكذلك هــذا في نظائره[1] أي مثل ثبوت الحكم والتفريع في الخلع ثبوت الحكم والتفريع في نظائره من الإعتاق على مال، والصلح عن دم العمد يعني الكل ســواء في الحكم والتفريع.

إبراء الغريم: لو أبرأ إنسان غريمه هازلا لا يصح ويبقى الدين على حاله لأن الهزل بمنزلة الخيار أي خيار الشرط فيمنع الرضا بالحكم كما لو قال أبرأتك على أني بالخيار فإنه لا يسقط الدين

لأن في الإبراء معنى التمليك ولهذا يرتد بالرد يشير إلى ذلك قوله تعالى «وإن تصدقوا خير لكم» ولذا يؤثر فيه خيار الشرط، فكذا الهزل يؤثر فيه لأنه بمنزلة خيار الشرط.

إبراء الكفيل هازلا: لا يصح إبراء الكفيل حالة كونه هازلا في الإبراء لأن هذا تصرف مما يحتمل الفسخ بدليل أنه لو صالح الهازل الكفيل على عين وهلكت العين أو ردها بعيب ينفسخ الصلح وتعود الكفالة ولهذا كان الهزل في الإبراء ويمنعه من الثبوت[2].

---

(١) كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي ج ٤ ص ٣٦٦ - ٣٦٧.
(٢) المرجع السابق.

إقرار الهازل وإخباراته

الهزل يبطل الإقرار سواء أكان إقراراً بما يحتمل الفسخ أو بما لا يحتمله ، لأن الإقرار كما يقول الحنفية : هو خبر يحتمل الصدق والكذب ، فإذا تبين أن المخبر به ليس صحيحا وذلك بالهزل فقد أصبح المخبر به محتملا للنقض لأنه لم ينعقد ولم يوجد أصلا لأن الهزل يدل على عدم المخبر به فى الماضى فيمنع انعقاده أصلا . فصار الإقرار فى هـــذه الحالة بأمور تحتمل الفسخ أولا تحتمله هو إقرار بجنس ما يحتمل النقض من حيث أن الجميع يعتمد وجود المخبر به فيؤثر الهزل فى الكل . ألا ترى أن الإقرار بما لا يحتمل الفسخ ولا النقض إذا حصل فى ظل إكراه ملجىء فإنه يبطل بالإكراه فمن أقر بطلاق زوجته أو بعتق عبده فى ظل الإكراه بطل هذا الإقرار وظلت المرأة زوجة للمقر كما كانت والعبد ملكا للمولى المقر كما كان لأن الإقرار كما قلنا خبر متردد بين الصدق والكذب والإكراه دليل ظاهر على أنه كاذب فيما يقر به قاصد إلى دفع الشر عن نفسه . فكما يبطل الإقرار بالمكره عليه سواء كان إقراراً بما يحتمل النقض أو إقرارا بما لا يحتمله فكذلك الهزل يبطل به الإقرار لأنه دليل ظاهر على أنه كاذب فيه إذ لو لم يكن كاذباً لما كان هذا الإقرار منه هزلا . . وكان الإقرار من الهازل باطلا بطلانا لا يحتمل الإجازة لأن الإجازة إنما تلحق الشيء المنعقد المحتمل للصحة والبطلان . وإقرار الهازل ليس فيه هذه الصفات أبدا فهو إقرار لم ينعقد موجباً لشيء أصلا لكونه كاذبا ، وبالإجازة لا يصير الكذب صدقا بوجه ما ! ! فكان كبيع الحر . بخلاف البيع أو الإجازة هزلا ، لأن البيع والإجازة كلاهما إنشاء يعتمد انعقاده على أهلية المتكلم به وصحة عبارته ، وقد تحققنا ذلك . وهو فضلا عن ذلك إنشاء تصرف يحتمل الصحة والفساد فيجوز أن ينعقد موقوفا على الإجازة أما إقرار الهازل فلم ينعقد موجبا لشيء أصلا ـ ولهذا فالإقرار يبطله الهزل مطلقا سواء كان إقرارا بما يحتمل الفسخ كالبيع والنكاح أو إقرارا بما لا يحتمله كالطلاق والعتاق(١) .

(١) راجع المرآة ص ٣٥١ لملاخسرو وراجع أيضا كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوى جـ ٤ ص ٣٦٧

٥ — السفه

من عوارض الأهلية المكتسبة السفه وبيانه فيما يلي :

المعنى اللغوي : السفه في اللغة هو الخفة والتحرك يقال تسفهت الرياح الثوب إذا استخفته وحركته ، ومنه زمام سفيه أي خفيف .

المعنى الاصطلاحي : السفه في الشريعة هو عبارة عن خفة تعتري الإنسان فتحمله على العمل بخلاف موجب العقل والشرع مع قيام العقل حقيقة(١) .

والتعريف المذكور يتناول ارتكاب جميع المحظورات فإن ارتكابها من السفه حقيقة . ولكي يتناول التعريف المعرف دون أن يدخل فيه غيره زاد بعض فقهاء الحنفية قيداً آخر على التعريف السابق وهو قيد « من وجه » لأن في اصطلاح الفقهاء غلب اسم « السفه » على تبذير المال وإتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع ولم يفهم عند إطلاقه ارتكاب معصية أخرى مثل شرب الخمر والزنا والسرقة وإن كان ذلك سفها حقيقة . . فأراد هؤلاء الفقهاء بذكر قيد « من وجه » في التعريف إلى تعريف السفه المصطلح عليه عند الفقهاء والذي تتعلق به الأحكام من منع المال ووجوب الحجر لا جميع أنواع السفه .

والسفه هو السرف والتبذير والسرف والإسراف مجاوزة الحد والتبذير وهو تفريق المال إسرافاً .

والسفه : لا يوجب خللا في الأهلية لأنه لا يخل بالقدرة ظاهرا لسلامة التركيب وبقاء القوى الغريزية على حالها ، ولا يخل بالقدرة باطنا لبقاء نور العقل بكماله إلا أن السفيه يكابر عقله في عمله ولهذا يبقى السفيه أهلا للتكليف لأنه مخاطب شرعاً بتحمل أمانة الله عز وجل ووجوب حقوقه ويبقى أهلا في حقوق

---

(١) عرف الإمام البزدوي السفه شرعاً بأنه العمل بخلاف موجب الشرع من وجه واتباع الهوى وخلاف دلالة العقل (كشف الأسرار ج ٤ ص ٣٦٩)

العباد وهى التصرفات بالطريق الأولى لأن حقوق الله أعظم . فإنها لا تحمل إلا على من هو كامل الحال . فمن تجب عليـــه حقوق الله يمكنه تحمل حقوق العباد بالطريق الأولى .

فالصبى أهل للتصرفات مع أنه ليس أهلا لإيجاب حقوق الله عز وجل وتحمل أماناته فمن كان أهلا لتحمل أماناته جل وعلا أولى أن يكون أهلا للتصرفات — فالسفه لا يمنع أحكام الشرع ولا يجب سقوط الخطاب عن السفيه بحال ، سواء منع منه المال أو لم يمنع ، حجر عليه أو لم يحجر . . .

وأجمعوا على أن السفيه يمنع ماله فى أول ما يبلغ يعنى إذا بلغ سفيها يمنع عنه ماله لقوله تعالى: « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التى جعل الله لكم قياما وارزقوهم فيها واكسوهم » أى لا تؤتوا المبذرين أموالهم التى ينفقونها فيما لا ينبغى بل تظل فى أيديكم . وعلق الإيتاء بإيناس الرشد أى بإبصاره فقال جل شأنه: « فإن آنستم منهم رشدا » أى عرفتم ورأيتم فيهم صلاحا فى العقل وحفظاً للمال فادفعوا إليهم أموالهم .

متى يسلم المال إلى السفيه : قال أبو حنيفة إذا بلغ الإنسان سفيها وامتد به الزمن كذلك حتى بلغ السفيه سن خمسا وعشرين سنة ولم يؤنس منه الرشد فإنه يدفع إليه ماله — وكذلك إذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها لم يمنع منه المال لأن هذا ليس بأثر الصبا فلا يمنع منه المال .

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : لا يدفع إلى السفيه ماله ما لم يؤنس منه الرشد ، لأنه تعالى علق الإيتاء بإيناس الرشد فلا يجوز قبله لأن المعلق بالشرط معدوم قبل وجود الشرط ، ألا ترى أنه عند البلوغ إذا لم يؤنس منـــه الرشد لا يدفع إليه المال لقوله تعالى « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التى جعل الله لكم قياما » الآية فكذلك إذا بلغ السفيه خمسا وعشرين ســـنة لأن السفه يشتد ويستحكم بطول المدة .

وقال الصاحبان : إن السفه فى حكم منع المال بمنزلة الجنون والعته وأنهما

يمتنعان دفع المال إليه بعد خمس وعشرين سنة كما هو الحال قبل هذه السن فكذلك السفه يمنع من دفع المال إلى السفيه إذا بلغ سفيها مهما كان سنه أقل من خمس وعشرين أو أكثر من ذلك .

دليل أبي حنيفة : استدل أبو حنيفة بالكتاب والمعقول على النحو التالي :

الكتاب من القرآن الكريم استدل أبو حنيفة بقوله تعالى : « ولا تأكلوها إسرافا وبدارا أن يكبروا » معناه مخافة أن يكبروا فيلزمكم دفع المال إليهم.

كذلك استدل أبو حنيفة بقوله تعالى « وآتوا اليتامى أموالهم » .

وجه الاستدلال : الآية الأولى أبانت أن بلوغ الصغير سن الكبر يلزم تسليم .. لى المال ماله إليه فبلوغ الصبي سناً تجعل أثر الصبا قد زال عنه بوجوب دفع المال .

أما الآية الثانية : فقد أوجبت دفع مال اليتيم إليه والمراد من اليتامى هنا البالغون وسموا يتامى لقرب عهدهم باليتم . فهذا تنصيص على وجوب دفع مال اليتيم إليه بعد البلوغ ، إلا أنه قام الدليل على منع تسليم المال إليه عند بلوغه غير رشيد فإنه تعالى قال « حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا » وحرف الفاء للوصل والتعقيب فيكون بيانا أن دفع المال إليه عقيب البلوغ بشرط إيناس الرشد ، وما يقرب من البلوغ فى معنى حالة البلوغ . لكن ان بعد عن البلوغ فوجوب دفع المال هو وجوب مطلق لما تلونا من النصوص غير معلق بشرط .

وقال أبو حنيفة : انه يستفاد من كل ما تقدم ان منع المال بعد البلوغ هو لبقاء أثر الصبا وبقاء أثره كبقاء عينه فى منع المال ، وأثر الصبا قد يبقى إلى أن يمضى عليه زمان وينتظر بعدما بلغ خمسا وعشرين سنة لتطاول الزمان فيجب حينئذ دفع المال لأن منع المال هو على سبيل التأديب له ولهذا يجب دفع المال إلى السفيه الذى بلغ سفيها إذا ظل سفهه حتى سن الخامسة والعشرين لأنه قد انقطع رجاء التأديب له بعد بلوغه هذه السن لأن من بلغ مثل هذه السن يتوهم أن يصير جدا فى هذه المدة فلا معنى لمنع المال عنه بطريق التأديب .

وقال أبو حنيفة : إن الانسان فى أول أحوال البلوغ قد لا يفارقه السفه لقربه بزمان الصبا وبعد تطاول الزمان به لابد من أن يستفيد رشداً ما بطريق التجربة والامتحان إذ التجارب تفتح القلوب — والشرط المذكور فى النص (إن آنستم منهم رشدا) هو اشتراط وجود رشد أى رشد كان فيتحقق بأدنى ما ينطلق عليه الاسم كما فى سائر الشروط المنكرة . فسقط منع المال بوجود هذا النوع من الرشد ، لأن منع المال اما عقوبة تثبت زجراً له عن الفعل الحرام وهوالتبذير .. أو حكم لا يعقل معناه !! لأن منع المال عن مالكه مع كمال عقله وتميزه هو أمر غير معقول . ! فالملك هو المطلق الحاجز . . لذا كان الحكم بمنع المال عن البالغ السفيه مرتبطا بالنص عليه وهو إذا لم يوجد منه رشد لا حقيقة ولا تقديرا . إلا ما كان عقوبة أو غير معقول المعنى لا يمكن تعديته .

والمنع عن المال الثابت بطريق العقوبة إذا دخلته شبهة بحصول الشرط من أى وجه وهو إصابة نوع من الرشد بالتجربة سقط المنع المعتبر عقوبة لأن العقوبة تسقط الشبهة . وإذا صار شرط دفع المال وهو الرشد بأى طريقة (لأن الشرط هو رشد ورد منكرا) كان موجودا فقد تحقق الشرط ويجب وجود الجزاء وهو دفع المال .

بم تتحقق مصلحة السفيه ؟ : اختلف أبو حنيفة مع صاحبيه فى المصلحة للسفيه هل تكون بالحجر عليه ومنعه من التصرفات القولية وإثبات الولاية للغير على ماله صونا لماله من الضياع كما وجب للصبى والمجنون .

رأى أبى حنيفة : يرى أبو حنيفة رحمه الله انه لا يجوز الحجر على السفيه ومنعه من التصرفات لأنه حر مخاطب فيكون مطلق التصرف فى ماله كالرشيد لأن كونه مخاطباً بحقوق الله مكلفا يقتضى أن تثبت له أهلية التصرف إذ التصرف كلام ملزم وأهلية الكلام أساسها التمييز والكلام الملزم يعتمد على التكليف وبالحرية تثبت له المالكية ويكون المال خالص ملكه تثبت المحلية وإذاً يصبح السفيه البالغ إذا تصرف فتصرفه صحيح لأنه تصرف صدر من أهله فى محله ولا يمتنع نفوذه إلا المانع . والسفه لا يصلح مانعا من نفوذ التصرف لأن بالسفه لا ينتقص العقل

ولكن السفيه يكابر عقله فى التبذير مع علمه بقبحه وفساد عاقبته فلم يجز أن يكون السفه سبباً للنظر لكونه معصية .

وقال أبو حنيفة رحمه الله إن عقل السفيه المبذر لماله موجود لم ينتقص منه أى شىء بالسفه ولوجود عقل السفيه كان من الجائز حبسه فى ديون العباد بطريق العقوبة ، ولا يسقط عنه التكليف بالخطاب فيما يتعلق بحقوق الشرع ويعاقب على تركها — وعباراته معتد بها فيما يتعلق بحقوق الله وحقوق العباد فيصح طلاقه وعتقه ، ونكاحه ، ونذره ، ويمينه ، وإقراره على نفسه بالأسباب الموجبة للعقوبة . وتنفذ عليه العقوبات الحدية إذا ارتكب ما يوجبها فلا تعطل عليه أسباب الحدود والعقوبات فإذا شرب خمرا أو زنى أو سرق أو قتل إنسانا عمدا يقام عليه الحد ويجب عليه القصاص وهذه العقوبات تندرىء بالشبهات فلو بقى السفه معتبرا بعد البلوغ عن عقل فى ايجاب النظر لكان من باب أولى ان يعتبر فيما يندرىء بالشبهات. ولو جاز الحجر عليه بطريق النظر أى المصلحة له لكان الأولى أن يحجر عليه عن الاقرار بالأسباب الموجبة للعقوبة لأن ضرره يلحق بنفسه والمال تابع للنفس فإذا لم يحجر عليه دفعاً للضرر عن نفسه بسبب السفه فلأن لا يحجر عليه للسفه دفعا للضرر عن ماله.

رأى أبى يوسف ومحمد والشافعى : أجاز الصاحبان رحمهما الله كما أجاز الشافعى أيضاً رحمه الله الحجر بسبب السفه وذلك فى التصرفات المحتملة للفسخ وهى الأمور التى يبطلها الهزل أما مالا يبطله الهزل كالنكاح والطلاق ونحوهما فلا يجوز لكنهم اختلفوا فى توجيه الحكم الشرعى فى هذا الموضوع . . .

فيرى ابو يوسف ومحمد رحمهما الله : إن الحجر على السفيه فى هذه التصرفات المالية هو على سبيل النظر له .

وقال الشافعى : رحمه الله إن الحجر عليه هو على سبيل الزجر والعقوبة .

أثر هذا الخلاف : يظهر الخلاف بينهما فيما إذا كان السفيه مفسدا فى دينه مصلحاً فى ماله كالفاسق فعند الشافعى يحجر عليه بهذا النوع من الفساد بطريق الزجر والعقوبة ، ولهذا لم يجعل الفاسق أهلا للولاية .

وعند الصاحبين لا يجوز الحجر على الفاسق .

أدلة الصاحبين : احتج أبو يوسف ومحمد رحمهما الله بالكتاب والأثر والمعقول كما يلى :

١ — الكتاب الكريم : من الكتاب الكريم احتجا رحمهما الله بقوله تعالى « فإن كان الذى عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل »(١) .

وجه الاستدلال : نص الله تعالى فى هذه الآية على إثبات الولاية على السفيه وذلك لا يتصور إلا بعد الحجر عليه .

واستدل الصاحبان بما روى أن عبد الله بن جعفر رضى الله عنهما كان يفنى ماله فى اتخاذ الضيافات حتى اشترى للضيافة دارا بمائة ألف ، وفى رواية بأربعين ألف دينار فطلب على من عثمان رضى الله عنهما أن يحجر عليه ، فقال الزبير بن العوام لعبد الله : أشركنى فيها فأشركه فبلغ ذلك عثمان رضى الله عنه . فقال : كيف أحجر على رجل شريكه الزبير ؟؟ وكان الزبير رجلا معروفا بالكياسة فى التجارة . فالصحابة رضوان الله عليهم كانوا يرون جواز الحجر بسبب التبذير .

المعقول : وقال الصاحبان : إن السفيه مبذر فى ماله فيحجر عليـــه نظراً له كالصبى بل أولى لأن الصبى إنما يحجر عليـه لتوهم التبذير وهو متحقق هنا فلأن يكون محجورا عليه من باب أولى .

وقال الصاحبان : إن الحجر بسبب السفه هو للنظر وإن هـــذا واجب وحق للمسلمين فإن أبا بكر الجصاص رحمه الله كان يقول : ضرر السفه يعود إلى الكافة فإنه لمـا أفنى ماله بالسفه والتبذير صار بمثابة وبال على الناس وعيال عليهم يستحق

---

(١) البقرة آية رقم ٢٥٠

النفقة من بيت المال ، والحجر على الحر هو لدفع الضرر عن العامة ودفع الضرر عن العامة من الأمور المشروعة .

فالطبيب الجاهل يحجر عليه دفعاً للضرر عن الناس كما أن المكارى المفلس يحجر عليه لدفع الضرر عن الناس فى معاملاتهم .

والحجر على السفيه كما انه حق لعامة المسلمين فهو واجب دفعا للضرر عنهم وهو حق للسفيه ذاته لدينه لا لسفهه فهو مستحق للبحث عن وقايته والعمل لما فيه مصلحته باعتبار دينه لا لأنه ارتكب جناية ولا باعتبار أن السفه جناية منه فلا يستحق بها النظر والرعاية كما يقول أبو حنيفة ولا كما يقول الشافعى من أن السفيه جان فيستحق الحجر بطريق العقوبة .

فالصاحبان يريان أن الحجر على السفيه رعاية له لأنه يستحق الرعاية باعتبار دينه لا باعتبار ان الجناية مستدعية للنظر كما يقول الشافعى بل لأنه مسلم يستحق النظر فى عامة أحواله .

فالسفيه أصابته حالة لا يمكنه بنفسه أن يرعى مصلحته المالية وحاجته ماسة بسبب سفهه إلى وجوب النظر له فنظر الشرع له فى هذه الحالة لوجود الداعى إلى النظر . ألا يرى أن العفو عن صاحب الكبيرة حسن حتى كان العفو عن القصاص وعن كل جناية مندوبا إليه قال تعالى: « فمن عفا له من أخيه شىء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان » . وقال تعالى: « فمن عفا وأصلح فأجره على الله » وكذا العفو عنه فى الآخرة حسن وإن مات مصراً على الكبيرة من غير توبة عند أهل السنة وانه يجوز أن يدخله الله الجنة بفضله وكرمه من غير تقديم عقوبة . ويقاس منع المال عن السفيه على ذلك بطريق النظر ليبقى هـــذا المال مصونا له عن التلف ولا يضيع بالتبذير والإسراف والحجر عليه لهذا الغرض يحقق هذه الغاية ولذا فهو واجب.

وقال الصاحبان : إن السفيه لم يحجر عليه فى حق الطلاق والعتاق والنكاح ونحوها لأن المحجور عليه بسبب السفه فى التصرفات كالهازل فإن الهازل يخرج كلامه على غير نهج كلام العقلاء لقصد اللعب به دون ما وضع الكلام له لا انقصان

فى عقله فكذلك السفيه يخرج كلامه فى التصرفات على غير نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل لا لنقصان فى عقله فكل تصرف لا يؤثر فيه الهزل كالنكاح والطلاق لا يؤثر فيه السفه أيضا ، وكل تصرف يؤثر فيه الهزل وهو مما يحتمل الفسخ يؤثر فيه السفه .

رد أبى حنيفة : قال أبو حنيفة ان استحقاق السفيه للنظر والرعاية من الوجهة التى ذكرها الصاحبان هو جائز لا واجب كما فى صاحب الكبيرة ، وإنما يحسن إذا لم يتضمن ضرراً أكثر من الضرر الذى يدفعه . وهنا الحجر على السفيه وإن منع عنه ضررا ماليا وصان له ماله عن التلف والتبذير لكنه مع هذا يتضمن ضررا أكثر من الضرر المدفوع فالحجر وقف لأهلية المحجور عليه وإلحاقه بالصبيان والمجانين والبهائم فى التصرفات ولا يقاس الحجر على السفيه على منع المال عنه إذا بلغ سفيها لأمور منها :

إن منع المال من أن يسلم إلى السفيه البالغ قد ثبت بالنص فهو غير معقول المعنى فلا يصح تعديته إلى غيره .

وأيضا فمنع المال عنه إذا بلغ سفيها يرى بعض الفقهاء أنه ثبت بطريق العقوبة لا بطريق النظر له فإن سببه جناية وهو مكابرة العقل واتباع الهوى والحكم المتعلق به وهو منع المال يصلح جزاء كإيجاب المال فيجعل جزاء . وهذا هو ماعرفنا به سائر الأجزية فنحن ننظر إلى السبب فإن وجدناه جناية ووجدنا حكمه صالحا للعقوبة سمينا الحكم عقوبة . كالجلد فى الزنا وقطع اليد فى السرقة . وإذا ثبت أن منع المال عمن بلغ غير رشيد هو عقوبة لا نظر له فإنه لا يمكن تعدية هذا الحكم إلى منع اللسان وقصر العبارة بالحجر عليه لأن القياس لا يجرى فى العقوبات .

ومنع البالغ غير الرشيد من استلام ماله بسبب سفهه هو عقوبة أيضا لا نظر ولا يمنع من ذلك انه لم يفوض للامام بل الأولياء هم المخاطبون به دون الأئمة . نقول لا يمنع ذلك من اعتبار المنع من تسلم المال للسفه هو عقوبة لأنه عقوبة تعزير وتأديب فيجوز أن يفوض أمرها للأولياء .

وقال أبو حنيفة ان الصاحبين يريان النص الوارد فى منع تسليم البالغ غير رشيد أمواله هو نص معقول المعنى وأنه معلول بعلة النظر لا بالعقوبة وأنه يقاس عليه الحجر عليه للنظر أيضا .

إن هذا القول غير سليم لأن قياس الحجر على المنع من تسليم المال للسفيه قياس مع الفارق لعدم المساواة بين المقيس والمقيس عليه لأن منع المال إبطال نعمة زائدة عليه وهى اليد وإلحاقه بالفقراء وإثبات الحجر إبطال ولايته وأهليته وإلحاقه بالبهائم وهى نعمة أصلية لأن الإنسان يمتاز عن سائر الحيوان بالبيان فظهر أن هناك فرقا كبير فى الضرر الذى يلحق من منع عنه تسلم ماله لسفهه وبين من يحجر عليه لسفهه فالأول ضرره يسير فى منع نعمة زائدة عليه وإلحاقه بالفقراء لتوفير النظر عليه فلا يستدل به على جواز إلحاق الضرر العظيم بتفويت النعمة الأصلية وإلحاقه بالبهائم بالحجر عليه .

أما الآية فيجاب عنها بأن المراد بالسفيه فيها هو الصبى الذى عقل فإن بعض تصرفاته تخرج عن نهج الاستقامة — والمراد من الضعيف فيها أيضا هو الصبى الصغير — والمراد من الذى لا يستطيع أن يمل — هو المجنون — والمراد من الولى هو ولى الحق لا ولى السفيه .

أما حديث على : فلا يفيد المدعى به لأن عليا رضى الله عنه لم يطلب الحجر بسبب السفه بدليل أن عثمان رضى الله عنه ترك الحجر بسبب إشراك الزبير — ولو كان السفه سببا للحجر لا يبرر ترك الحجر بسبب اشتراك الغير مع السفيه فإن الغبن الواقع عليه لا يرتفع باشراك الغير — ولكن ما حدث من على رضى الله عنه إنما هو من قبيل التخويف ليمتنع عن التبذير .

وقال أبو حنيفة : إن القول بأنه لا فائدة من منع تسليم ماله إليه للسفه وتركه حرا فى التصرف فإنه سوف يضيع ماله بتصرفاته السيئة . . هذا القول مردود لأن السفيه إنما يتلف ماله عادة فى التصرفات التى لا تتم إلا بإثبات اليد على المال من اتخاذ الضيافة والهبات والصدقات — الخ فإذا كانت يده مقصورة عن المال فإنه لن يتمكن من تنفيذ هذه التصرفات فيحصل المقصود بمنع المال عنه وإن كان لا يحجر عليه .

الحجر على السفيه : قلنا أن الصاحبين يريان جواز الحجر على السفيه فيما يبطل بالهزل ويجب أن لا يجعل السفيه المحجور عليه كالهازل فى جميع التصرفات ولا كالصبى ولا كالمريض فالحجر فى حق السفيه إنما هو للنظر وتوفير الرعاية له — فإذا اعتبرنا المحجور عليه مثل هؤلاء تماما فى كل التصرفات لم يكن ذلك فيه نظر له من جميع الوجوه . ولذا كان حبسه عن بعض التصرفات دون البعض .

فإذا اعتق السفيه عبده نفذ عتقه لأن السفه كالهزل ولكنه يسعى فى قيمته عند محمد رحمه الله لأن الحجر ثبت بمعنى النظر له فيكون بمنزلة الحجر على المريض لغرمائه وورثته وإن جاءت جارية بولد فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حرا لاسبيل عليه والجارية أم ولد لا سبيل عليها لأحد بعد موته .

أنواع الحجر للسفه : الحجر بسبب النظر عند الصاحبين أنواع :

١ — الحجر بسبب السفه مطلقا سواء كان السفه أصليا بأن بلغ سفيها أو كان السفه عارضا بأن بلغ رشيداً ثم حدث السفه بعد البلوغ .

وهذا النوع من السفه لا يحتاج عند الإمام محمد إلى قضاء القاضى بالحجر بسببه لأن الدلالة قد قامت على أن السفه فى ثبوت الحجر به كثبوت الحجر بالجنون والعته والصغر والحجر بهذه الأمور يثبت بها من غير حاجة إلى قضاء القاضى فكذا الحجر بالسفه فى هذه الحالة .

رأى أبى يوسف : يرى أبو يوسف أن الحجر بسبب السفه أصليا أو عارضا لا يصير إلا بقضاء القاضى به لأن الحجر على السفيه هو لمعنى النظر له وهو متردد بين النظر والضرر ففى إبقاء الملك للمحجور عليه نظر وفى إهدار قوله بالحجر عليه ضرر ومثل هذا لا يترجح أحد الجانبين منه إلا بقضاء القاضى .

ويوضح ذلك أن السفه ليس بشىء محسوس وإنما يستدل عليه بأن يغبن الرجل فى التصرفات ، وقد يكون مرجع غبنه هو لسفهه ، وقد يكون حيلة لاستجلاب قلوب المجاهرين وإذا كان الدليل على وجود السفه ليس دليلا قاطعا

بل هو أمر متردد بين أن يكون السفه هو سببه وبين أن يكون أمراً آخر فلا يثبت حكمه إلا بقضاء القاضي كالصغر والجنون والعته . .

وقال أبو يوسف : إن الحجر بسبب السفه مختلف فيه بين العلماء فلا يثبت إلا بقضاء القاضي كالحجر بسبب الدين .

ثمرة الخلاف : وثمرة الخلاف في هذا الموضوع تظهر فيمن أدرك سفيها فلم يرفع أمره إلى القاضي حتى باع شيئا من تركة والده وأقر بديون ووهب هبات وتصدق بصدقات فإن هذه التصرفات كلها تقع صحيحة عند أبي يوسف رحمه الله لصدورها من أهلها في محلها حيث لم يصدر قضاء القاضي بالحجر على الرجل للسفه .

ويرى محمد رحمه الله : أنها غير صحيحة لأنه محجور عليه بسبب السفه[1].

النوع الثاني : الحجر بسبب الديون . فإذا امتنع المديون عن بيع ماله لقضاء الدين باع القاضي عليه أمواله عروضا كان أو عقارا وذلك عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله .

رأي أبي حنيفة : يرى أبو حنيفة رحمه الله أنه لا يباع على المكلف الحر ماله بسبب قضاء الدين إلا أحد النقدين بالآخر استحسانا .

دليل الصاحبين : احتج الصاحبان بحديث معاذ رضي الله عنه فإنه ركبته الديون فباع رسول الله صلى الله عليه وسلم ماله وقسم ثمنه بين غرمائه بالحصص .

كما احتج الصاحبان بقول عمر رضي الله عنه في خطبته « إياكم والدين فإن أوله هم وآخره حزن ، وإن أسيفع جهينة قد رضي من دينه وأمانته أن يقال : قد سبق الحاج ، فأدان معرضا فأصبح وقد رين عليه إلا أني بايع عليه ماله وقاسم ثمنه بين غرمائه بالحصص فمن كان له دين فليغد » — ولم ينكر على عمر أحد من الصحابة فكان هذا اتفاقا منهم على أنه يباع على المديون ماله .

---

(١) كشف الأسرار جـ ٤ ص ٣٧٤ - ٣٧٥ والمرآة ص ٣٥٠

وقال الصاحبان : إن بيع المال لقضاء الدين من ثمنه مستحق عليه بدليل أنه يحبس إذا امتنع منه وهو مما تجرى فيه النيابة ، والأصل أن من امتنع عن إيفاء حق مستحق عليه وهو مما تجرى فيه النيابة ناب القاضي منابه كالذمى إذا أسلم عبده فأبى أن يبيعه ، باعه القاضي ، والعنين بعد مضى المدة إذا أبى أن يفارق زوجته ويطلقها ناب القاضي منابه فى التفريق بينهما .

دليل أبى حنيفة : استدل أبو حنيفة رحمه الله بقوله تعالى : « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم »

وجه الاستدلال : قال أبو حنيفة إن النص قد نهى عن أكل الأموال بالباطل وبين طريق حل أكلها وهو طريق التجارة القائمة على التراضي . فأخذ المال بدون رضا صاحبه هو أكل للمال بالباطل . وبيع المال على المديون بغير رضاه ليس بتجارة عن تراض فهو داخل تحت الحظر المشمول بالنهى عن أكل الأموال بالباطل .

المعقول : وقال أبو حنيفه : إن بيع المال غير مستحق على المديون بل المستحق عليه هو قضاء الدين ، وبيع المال غير متعين لقضاء الدين فإنه يتمكن من قضائه بالاستيهاب والاستقراض ، وسؤال الصدقة من الناس فلا يكون للقاضي تعيين هذه الجهة عليه بمباشرة بيع ماله عند امتناعه كالإجارة والتزويج ـــ ويؤكد ذلك أن للقاضي حبس المدين عند امتناعه عن سداد الدين ولو كان له أن يبيع عليه ماله لم يشتغل بحبسه لما فيه من الإضرار به وبالغرماء فى تأخير وصول حقهم إليهم فلا معنى للمصير إلى هذا الإجراء بدون الحاجة إليه (١) .

أما عبد الذمى الذى سيق للتدليل على حق القاضي فى بيع مال الغير نيابة عنه فهذه مسألة تغاير ما نحن فيه فعبد الذمى إذا أسلم وأصر مولاه على البقاء على الشرك فإن إخراج لعبد المسلم عن ملكه مستحق عليه فينوب القاضي منابه .

وكذلك العنين فإنه لما تحقق عجزه عن الإمساك بمعروف استحق عليـــه

---

(١) كشف الاسرار جـ ٤ ص ٣٧٤ — ١٧٥ والمرآة ص ١٥٠

الصريح بعينه وأما مبادلة أحد النقدين بالآخر بأن كان عليه دراهم وماله دنانير ففي القياس ليس للقاضي أن يباشر هذه المصارفة لأن هذا الطريق غير متعين لقضاء ماهو مستحق على المديون من دين . لكن استحسن أن يفعل ذلك القاضي فالدراهم والدنانير جنسان صورة وهما جنس واحد معنى ولهذا يضم أحدهما إلى الآخر في حكم الزكاة ، ومعلوم أنه لو كان للمديون مال من جنس الدين صورة كان للقاضي أن يقضي به دينه فكذلك إذا كان ماله من جنس الدين معنى ولكن لا يكون لصاحب الدين ولاية الأخذ من غير قضاء ، كما لو ظفر بجنس حقه لأنهما جنسان صورة وإن كانا جنسا واحدا حكما فلعدم المجانسة صورة لا ينفرد صاحب الدين بأخذه ،ولوجود المجانسة معنى كان للقاضي أن يقضي دينه به .

وقال أبو حنيفة : إن حديث معاذ رضي الله عنه ليس دليلا في جواز الحجر بسبب قضاء الدين لأن الحديث يفيد أنه عليـــه الصلاة والسلام إنما باع مال معاذ بسؤال معاذ ذلك لأنه لم يكن وفاء بدينه فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يتولى بيع ماله لينال ماله بركة رسول الله (ص) فيصير وفاء بدينه .

ولا يظن ظان أن معاذاً كان يأبى أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم إياه ببيع حتى يحتاج الرسول (ص) إلى أن يبيعه عليه جبراً عنه وبغير رضاه ، فمعاذ رضي الله عنه كان سمحا جواداً لا يمنع أحدا شيئا ولهذه الصفات الكريمة فيما ركبته الديون !! فكيف يمتنع معاذ من قضاء دينه بماله ؟ ؟ بعد أمر الرسول صلى الله عليه وسلم له .

أما حديث أسيفع الذي استنتج منه الصاحبان أن للقاضي الحجر على المديون وبيع ماله ويسدد منه ديونه كما قال عمر في الحديث المذكور . . هذا الحديث المشهور فيه هو أن عمر رضي الله عنه قال : إني قاسم ماله بين غرمائه ولذا فيحمل هذا الحديث على أن مال أسيفع كان من جنس دينه . . ولو سلمنا أن عمر باع مال أسيفع فإن هذا البيع كان برضاه . فمن المعلوم أن أبا يوسف ومحمداً يقولان أن القاضي لا يبيع مال المديون إلا عنـــد طلب الغرماء ولم ينقل أن الغرماء طلبوه بذلك وإنما المنقول أنه ابتدأهم بذلك وأمرهم أن يغدوا إليه فدل ذلك على أن البيع

قد تم برضا أسيفع[1] .

الحجر على المدين على ما تحت يده من مال :

٣ - النوع الثالث أن يتم الحجر على المديون خشية أن يلجىء أمواله ببيع أو إقرار فيحجر عليه فى حدود أن لا يصح تصرفه إلا مع هؤلاء الغرماء وهو فى هذه الحالة غير سفيه ولتوضيح ذلك نقول : قد يحدث أن يخاف على من ركبته الديون أن يلجىء ماله بطريق الإقرار أو البيع فيطالب غرماؤه من القاضى أن يحجر عليه .

رأى أبى حنيفة : يرى أبو حنيفة أنه لا يجوز الحجر على المدين خيفة أن يلجىء ماله بإقرار او بيع او ماشبه ذلك.

رأى الصاحبين : يرى ابو يوسف ومحمد جواز الحكم عليه بالحجر بناء على طلب الغرماء .

اثر هذا الحجر : قال الصاحبان : انه بعد الحجر لا ينفذ تصرفات المحجور عليه فى المال الذى كان فى يده عند الحجر عليه .

وينفذ تصرفاته فيما يكتسب من المال بعده . وهذا الحجر هو لمصلحة المسلمين فإنه إذا جاز الحجر عليه للدين طلبا لسداده نظراً ومصلحة له فلأن يجوز الحجر عليه لأجل النظر للمسلمين من باب أولى .

وجهة نظر ابى حنيفة : لا يرى أبو حنيفة جواز أن يحكم القاضى بالحجر على المدين بناء على طلب غرمائه خوفاً من ان يتصرف فيما تحت يده من مال تصرفا يضر بهم فإنه كما لا يجوز عنده أن يحجر على المديون نظرا له فإنه لا يحجر عليه نظرا للغرماء فى الحيلولة بينه وبين التصرفات فى ماله لما فى ذلك من الضرر به وإنما يجوز النظر لغرمائه بطريق لا يكون فيه إلحاق الضرر به إلا بقدر ماورد

---

(١) المصدر السابق .

به الشرع وهو حبسه فى الدين لأجل ظلمه الذى تحقق بالإمتناع عن قضاء الدين مع تمكنه منه وخوف التلجئة ظلم موهوم منه فلا يجعل كالظلم المتحقق .

وقال أبو حنيفة : إن الضرر فى إهدار قول المديون بالحجر على تصرفاته هو ضرر فوق الضرر فى حبسه ولا يستدل على ثبوت الأعلى بثبوت الأدنى . كما فى منع المال من السفيه مع الحجر .

تنبيه : الحجر على المديون بطلب الغرماء خوفا من تلجئة ماله لا يثبت إلا بقضاء القاضى وحجة محمد فى ذلك هو أن هناك فرقا بين الحجر لسداد الدين والحجر منعاً للمديون من تلجئة ماله فالأخير هو لمصلحة الغرماء فلا بد من طلبهم وذلك لا يتم إلا بقضاء القاضى .

أما الحجر على السفيه لأجل النظر له فهو غير موقوف على طلب أحد فيثبت حكمه بدون القضاء فتبين بما ذكرنا أن الصاحبين يريان أن طريق الحجر للسفه حفظاً للمال والحجر بناء على طلب الغرماء هما النظر للمسلمين وليس السفه الذى هو معصية من أسباب النظر فالسفه لم يوجد فى هاتين الصورتين .

لكن السفه هنا هو بمنزلة عضل الولى ومنعه تزويج المرأة عند خطبة الكفء لها وحيث فوته فإن للقاضى أن يزوج المرأة من الكفء الخاطب لها ويصير الولى ساقط الولاية فى هذا العقد وليس له ولاية إبطاله نظرا للمرأة وليس العضل الذى هو ظلم من أسباب النظر له فكذا السفيه إذا أتلف ماله يحجر عليه نظرا للمسلمين إلا أن السفه بنفسه من أسباب النظر له[1] .

---

(١) المصدر السابق .

٦ — السفر

من العوارض التى تعترض أهلية المكلف « السفر » .

المعنى اللغوى : السفر لغة قطع المسافة.

المعنى الشرعى : السفر فى الشريعة هو الخروج على قصد المسير إلى موضع بينه و بين ذلك الموضع مسيرة ثلاثة أيام فما فوقها بسير الإبل ومشى الأقدام[1] .

وعرفه صاحب المرآة السفر فقال انه الخروج من عمرانات الوطن بقصد سير ثلاثة أيام ولياليها فما فوقها سيراً وسطا[2] .

والسفر لاينافى الأهلية لا أهلية الوجوب ولا أهلية الأداء لكنه سبب للتخفيف قال صاحب كشف الأسرار ، وهو لا ينافى شيئاً من الأهلية ولا يمنع شيئا من الأحكام نحو الصلاة والزكاة والصوم والحج وغيرها لكنه جعل فى الشرع من أسباب التخفيف بنفسه من غير نظر إلى كونه موجباً للمشقة أو غير موجب لها لأنه من أسباب المشقة فى الغالب حتى لو تنزه سلطان من بستان إلى بستان فى خدمه وأعوانه لحقه مشقة بالنسبة إلى حال إقامته فلذلك اعتبر نفس السفر سبباً للرخص وأقيم مقام المشقة . . . .

بخلاف المرض : فإنه لم يتعلق الرخصة بنفسه لأنه يتنوع إلى مايضر به الصوم وإلى مالا يضر به بل ينفعه فلذلك تعلقت الرخص بالمرض الذى يوجب المشقة بازدياد المرض لا بما يوجبها .

فمثلا من أصابه برص فى حال الصوم لا يمكن أن يرخص له بالإفطار مع أنه من الأمراض الصعبة فدل ذلك على أن الحكم غير متعلق بنفس المرض .

---

(١) كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام جـ ٤ ص ٣٧٦ - ٣٧٧

(٢) مرآة الأصول فى شرح مرقاة الوصول ص ٣٥٧ لملاخسرو

أثر السفر فى الصلاة : اختلف فى أثر السفر فى الصلاة فيرى الحنفية أن أثره فى الصلوات هو إسقاط الشطر من ذوات الأربع ولا يعتبر إكمال الصلاة الرباعية مشروعاً أصلا وأصبح ظهر المسافر وفجره سواء لا يحتمل الزيادة عليه .

رأى الشافعى : يرى الشافعى رحمه الله أن حكم السفر هو ثبوت حق الترخص للمسافر بأن يصلى ركعتين إن شاء كما فى الإفطار . . . حتى لو لم يشأ لم يجزه إلا الأربع وإذا فاتت لزمه قضاء الأربع ركعات فالسفر سبب رخصة فلا يبطل العزيمة كما قيل فى حق الصائم .

وجهة نظر الحنفية فى هذا الموضوع : قال الحنفية : إن لنا دليلين ظاهرين من النص والمعقول . ودليلين خفيين منهما أيضاً أما الأولان :

فأحدهما : أن القصر المتعلق بالصلاة أصل وإكمال الصلاة الرباعية فى السفر هو زيادة دل على ذلك النص الشرعى قال مقاتل : «كان النبى صلى الله عليه وسلم يصلى بمكة ركعتين بالغداة وركعتين بالعشى فلما عرج به إلى السماء أمر بالصلوات الخمس فصارت الركعتان للمسافر ، وللمقيم أربع» .

وقالت عائشة رضى الله عنها : «فرضت الصــــلاة ركعتين ركعتين فأقرت فى السفر وزيدت فى الحضر» — وبذا كان القصر هو الأصل والأصل لا يحتمل المزيد إلا بالنص والنص فى حال الإقامة دون السفر .

ثانياً — وقال الحنفية إنا وجدنا الزيادة على ركعتين إن أداه المسافر أثيب عليه وإن تركه لا يعاتب عليه . وهذا هو حد النوافل .

وأما الوجهان الخفيان المستنبطان من النصوص الشرعية فهما :

الوجه الأول : ان قصر الصلاة هو من قبيل رخص الإسقاط لأن ذلك حق وضع عنا مثل وضع الأغلال والإصر عنا . قال عمر رضى الله عنه يارسول الله مالنا نقصر وقد أمنا ؟ فقال النبى ﷺ : «إن الله تصدق عليكم بصدقة فاقبلوا صدقته» يعنى القصر المتعلق بالسفر هو صدقة من الله تعالى عليكم فاعملوا بها واعتقدوها .

والقصر الموجود فى الكتاب المعلق بالخوف غير هـذا القصر . وحق الصلاة علينا حق لا يحتمل التمليك ولا مالية فيه وكانت صدقته تعالى علينا بها إذن هى من قبيل الإسقاط المحض وهو حق لايقبل الرد أريت عفو الله تعالى عنا وهبته العتق من النار لا يحتمل الرد إن هذا أمر يعرف ببداءة العقول .

بخلاف الصوم فإن النص أوجب تأخيره بالسفر لاسقوطه فبقى فرضا فصح أداؤه وثابت أنه رخصة تأخير وفى الصلاة رخصة إسقاط وفسخ فانعدم أداؤه .

الوجه الثانى : أما الوجه الثانى فإن العبودية تنافى المشيئة المطلقة والاختيار الكامل فالمشيئة المطلقة والاختيار الكامل هما من صفات البارى جل جلاله وإنما للعبد اختيار ما يترفق به الله تعالى عليـه أما المولى جل وعلا فله الاختيار المطلق يفعل مايشاء بلا رفق يعود إليـه ولا حق يلزمه فالحانث فى يمينه يخير بين أنواع ثلاثة من الكفارة لرفق يختاره .

أما فى قصر الصلاة فى السفر لو ثبت له الاختيار بين القصر والإكمال لكان اختياراً فى وضع الشرع لأنه لا رفق له بل الرفق واليسر متعين فى القصر من كل وجه . ! ! فإذا لم يتضمن الاختيار رفقاً كان ربوبية لا عبودية !! وهـذا غلط ظاهر وخطأ بين ؟ ؟ فالاختيار هو للرفق ولا رفق فى اختيار الكثير على القليل فى الجنس الواحد .

وإذا اختار القصر أو الإكمال فى الصلاة أثناء السفر وجاز له الإكمال كما يقول الشافعى فقد انتفى الرفق فى اختيار الكثير وهو الإكمال فبقى اختياره مطلقا ومشيئته مطلقة وهذه صفة الرب لا صفة العبد ! ؟! وذلك باطل .

وقال الحنفية : إن قيل إن فى اختيار إكمال الصلاة أربعا فى السفر ولو أنه اختيار للأكثر وترك للأقل لكنه فيه ثواب كثير . . إن هذا القول مردود عليـه بأن العكس هو الصحيح فما الثواب إلا فى حسن الطاعة لا فى الطول ولا فى القصر ألا يرى أن فى ظهر المقيم لا يزيد على فجره ثوابا وأن ظهر العبد لا يزيد على جمعة الحر ثوابا فكذلك هذا !! على أن الاختيار وهو حكم الدنيا لايصلح بناؤه على حكم الآخرة .

وقال الحنفية : إن قصر الصلاة فى السفر يختلف أيضا عن الصوم فيه فالمسافر مخير فى الصوم بين وجهين كل واحد منهما يتضمن يسرا من وجه وعسرا من وجه لأن الصوم فى السفر يتضمن يسرا هو موافقة المسلمين الصائمين وذلك يسر بلا شبهة . ويتضمن عسرا بحكم السفر والتأخير إلى حال الإقامة فإن الرسول صلى الله عليه وسلم كان يترخص ترخص المسافرين حين يخرج إلى السفر وعلى رضى الله عنه حين خرج من البصرة يريد الكوفة صلى الظهر أربعا ثم نظر إلى خص أمامه وقال : لو جاوزنا ذلك الخص صلينا ركعتين . وكان القياس أن لا يثبت الأحكام إلا بعد تمام السفر بالمسيرة ثلاثة أيام لأن العلة تتم به والحكم لا يثبت قبل تمام العلة لكنا تركنا القياس بالسنة تحقيقاً للرخصة فى حق الجميع وإن شرعية رخص السفر للترفيه فلو توقف الترخص بها على تمام العلة بتمام ثلاثة أيام لتعطلت الرخص فى حق من لم يكن مقصده سوى ثلاثة أيام ولم يفد فائدتها فى حقه فتعلقت بنفس الخروج تعميما للحكم فى حق الجميع فالرخصة تثبت بنفس الخروج من عمران المصر بالسنة المشهورة التى رويناها سابقا .

فالترخيص بالإنطار للسفر إذا كان السفر فى شهر رمضان يتضمن اليسر بموافقة عامة المسلمين فى الصيام إذا صام معهم ويتضمن يسرا من وجه وهو الاستمتاع بحال الإقامة من أكل وشرب وغيرهما فصح للمسافر التأخير لطلب الرفق بين وجهين مختلفين وكان فعله ذلك عبودية لا ربوبيه .

تنبيه : يثبت حكم السفر وهو الترخص بالسفر إذا اتصل بسبب الوجوب وذلك بالسنة المشهورة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم .

فيؤثر السفر فى قصر أداء ذوات الأربع لا فى القضاء فإن القصر بالسفر إنما يثبت إذا اتصل السفر بسبب الوجوب وهو الوقت أما إذا لم يتصل به بل بحال القضاء فلا يجوز القصر كما أن مافات فى السفر لا يقضى فى الحضر إلا ركعتين فإن السفر والحضر لا يغيران الفائتة لأن ما ثبت فى الذمة لا يتغير بحال .

ويؤثر السفر أيضاً فى تأخير أداء الصوم إلى إدراك عدة من أيام أخر لا فى إسقاطه حتى إذا أداه يقع فرضا ولأن السفر أمر اختيارى مكسوب للعبد غير

موجب لضرورة لازمة تدعو إلى الإفطار بعد تحققه لأن المسافر قادر على الصوم من غير أن تلحقه آفة لهذا فإن من أصبح صائما وهو مسافر لم يحل له أن يفطر لانعدام الضرورة الداعية إلى الإفطار وكذلك لا يحل لمقيم صائم سافر فى رمضان أن يفطر لانعدام الضرورة الداعية إلى الإفطار أيضاً — فإن إنشاء السفر جاء باختياره فلا يسقط به ما تقرر وجوبه عليه .

لكنه ان أفطر يجب عليه القضاء دون الكفارة للشبهة فى وجوبها باقتران السبب المبيح للفطر قبل التقرر فى الذمة وهو السفر فإنه مبيح فى الجملة .

المريض الصائم إذا أفطر : قال الحنفية إن المسافر إذا كان مريضاً وتكلف للصوم بتحمل زيادة المرض ثم بدا له أن يفطر فإنه يحل له ذلك ، وكذلك إذا مرض المقيم حل أن يفطر لأنه يوجب ضرورة لازمة بحيث لا يمكن دفعها فيؤثر فى إباحة الإفطار .

المقيم الصائم إذا أفطر ثم سافر : لا تسقط الكفارة عن مقيم صائم ثم أفطر لأنه عازم على السفر بخلاف الم إذا مرض وهو صائم فأفطر فلا تجب عليه الكفارة .

٧ — الخطأ

الخطأ يطلق تارة على ضد الصواب وأخرى على ماليس بعمد وهو المراد ههنا فى هذا الفن .

قال الإمام اللامشي : الصواب ما أصيب به المقصود بحكم الشرع .

والخطأ ضد الصواب والعدول عنه .

وقيل : الخطأ فعل أو قول يصدر عن الإنسان بغير قصده بسبب ترك التثبت عند مباشرة أمر مقصود سواه.

وقال السيد الإمام أبو القاسم رحمه الله : الخطأ يذكر ويراد به ضد الصواب ومنه يسمى الذنب خطيئة ومنه قوله تعالى : « إن قتلهم كان خطأ كبيرا » وهو ضد الصواب لا ضد العمد .

ويذكر الخطأ ويراد به ضد العمد كما فى قوله تعالى : « ومن قتل مؤمنا خطأ » وقوله عليه السلام « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان » .

والخطأ أن يكون عامداً إلى الفعل لا إلى المفعول كمن رمى إنسانا على ظن أنه صيد فهو قاصد إلى الرمى لا إلى المرمى إليه وهو الإنسان .

اعتبار الخطأ عذرا شرعياً : اختلف فى جواز المؤاخذة على الخطأ على النحو التالى :

رأى المعتزلة : يرى المعتزلة عدم جواز المؤاخذة على الخطأ فى الحكمة لأن الخاطىء غير قاصد الخطأ والجناية لا تتحقق بدون القصد .

رأى أهل السنة : يرى أهل السنة جواز المؤاخذة على الخطأ عقلا لأن الله تعالى أمرنا بأن نسأل عنه عند عدم المؤاخذة بالخطأ فى قوله جل وعلا إخبارا

عن قول الرسول صلى الله عليه وسلم أو تعليما للعباد « ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا » .

ووجه الدلالة فى الآية : إن الله أبان لنا أن الخطأ تجوز المؤاخذة عليه ولذا يلزمنا أن ندعوه جل وعلا أن لا يؤاخذنا بسبب أخطائنا ولو كان الخطأ لا تجوز المؤاخذة عليه لكان عقاب الله تعالى لنا بسببه جورا وصار الدعاء فى التقدير ربنا لا تجر علينا بالمؤاخذة .

الخطأ فيما يتعلق بحقوق الله تعالى : يرى الحنفية أن الخطأ وإن كان جائز المؤاخذة باعتبار أنه لا يخلو عن تقصير لكنه مع ذلك فإنه يعتبر عذراً شرعياً صالحا لسقوط حق الله تعالى إذا حصل عن اجتهاد حتى لو اجتهد فى التوجه إلى القبلة وأخطأ فى القبلة وصلى جازت صلاته ولا إثم .

ولو اجتهد فى الفتوى لكنه أخطأ بعد ما اجتهد فإنه لا يأثم ويستحق أجرا واحدا .

ولو رمى إلى إنسان على اجتهاد أنه صيد فقتله لا يأثم إثم القتل العمد وإن كان يأثم إثم ترك التثبت ، وإذا زفت إليه غير امرأته فوطئها على ظن أنها امرأته فإنه لا يجب عليه الحد .

الخطأ فيما يتعلق بحقوق العباد : لم ير الحنفية اعتبار الخطأ عذرا صالحا لسقوط حق العباد به فلو أتلف مال إنسان خطأ بأن رمى إلى شاة أو بقرة على ظن أنها صيد ، أو أكل مال إنسان على ظن أنه ملكه فإنه يجب الضمان لأنه ضمان مال جزاء فعل فى محل معصوم وكون الفاعل خاطئا معذورا لا ينافى عصمة المحل .

وقال الحنفية : إن ضمان المال المتلف نتيجة فعل خاطىء هو بدل المحل لا جزاء على الفعل الخاطىء بدليل أنه لو أتلف جماعة مال إنسان فإنه يجب على الكل ضمان واحد كما لو كان المتلف واحدا — ولو كان ذلك الضمان جزاء الفعل لوجب على كل واحد ضمان كامل كما فى القصاص وجزاء الصيد .

ووجبت بسبب الخطأ الدية لأنها من حقوق العباد وجبت ضمانا للمحل فلا يمتنع وجوبها بعـــذر الخطأ وكان الواجب أن تكون الدية حالة وفى مال القاتل كضمان الأموال لكنها وجبت بطريق الصلة على عاقلة القاتل المخطىء . والخطأ فى نفسه عذر صالح فى سقوط بعض الحقوق فيصلح سبباً للتخفيف فى الفعل وهو الأداء فيما هو صلة لأن مبنى الصلات على التوسع والتخفيف وإن لم يصلح سبباً للتخفيف فى أصل البدل فلذلك وجبت الدية على العاقلة فى ثلاث سنين . كما تجب الكفارة على الخاطىء ولم يجعل الخطأ عذرا صالحا فى سقوطها لأن الخاطىء لا ينفك عن ضرب تقصير وهو ترك التثبت والاحتياط فصلح الخطأ سبباً فى وجوب ما يشبه العبادة والعقوبة وهو الكفارة لأنه جزاء قاصر فيستدعى سبباً مترددا بين الحظر والإباحة والخطأ كذلك ، لأن أصل الفعل وهو الرمى إلى الصيد مباح وترك التثبت فيـــه محظور فكان قاصرا فى معنى الجناية فصلح سببا للجزاء القاصر .

طلاق المخطىء : يصح طلاق المخطىء وصورة هـذه الحالة أن يقول الرجل اسقنى فيجرى على لسانه أنت طالق أو امرأتى طالق . أو أراد أن يقول : أنت جالس فقال أنت طالق .

ووجه الحنفية رأيهم السابق فقالوا : إن الشرع جعل النطق بأنت طالق من أهله فى محله سببا لوقوع الطلاق فإذا صدرنا العبارة هـذه من المخطىء كان السبب قد وجد صحيحا ولا مانع من تحقق المسبب فيقع الطلاق بعبارة المخطىء .

أما القول بأن الكلام لا يعتبر إذا صدر من المخطىء لأنه صدر عن غير قصد صحيح فهذا لا يصلح حجة ! لأن القصد أمر باطن لا يوقف عليه فلا يتعلق الحكم بوجوده حقيقة بل يتعلق بالسبب الظاهر الدال عليـه وهو أهلية القصد المتحققة بالعقل والبلوغ نفيا للحرج كما فى السفر مع المشقة .

وعبارة المخطىء صدرت عن قصد لأنها عبارة صدرت من بالغ عاقل غير مكره وبلا سهو وغفلة فيقام العقل والبلوغ مقام القصد" إلى إنشاء العبارة والكلام الذى تلفظ به المخطىء . . والشىء يقوم مقام غيره إذا صلح دليلا وكان فى الوقوف .

على الأصل حرج فيقوم مقامه تيسيرا[1] ولم يقم السبب الظاهر مقام غيره بالنسبة لعدم القصد فى النائم والمغمى عليه لأن ذلك يمكن معرفته بلا حرج فيهما — وكذا فى المكره لا عسر ولا حرج فى معرفة عدم الرضا من المكره فالرضا هو نهاية الاختيار بحيث يفضى أثره إلى الظاهر من بشاشة فى الوجـــه وفرح ونحو ذلك ولذا فلا حرج فى الوقوف على الرضا فى هذه الحالة . فلم يقم البلوغ مع العقل مقام الرضى أو القصد بالنسبة للمكره أو النائم بل جعل الحكم متعلقا بحقيقتهما .

رأى الشافعى : يرى الشافعى أن طلاق المخطىء لا يقع لعدم القصد كالنائم والمغمى عليه ، والاعتبار بالكلام إنما هو بالقصد الصحيح ألا ترى أن الببغاء إذا لقن فهو والآدمى سواء فى صورة الكلام ، وكذا المجنون والعاقل سواء فى أصل الكلام إلا أنه فسد كلام المجنون لعدم القصد الصحيح !! والمخطىء غير قاصد فلا يصح طلاقه كطلاق النائم والمغمى عليه .

وقد ناقش الحنفية أدلة الشافعى فقالوا : إن اعتبار عبارة المخطىء كعبارة النائم لأنها خالية عن القصد الصحيح هو قول غير مسلم به على إطلاقه فالمخطىء له قصد دل عليه أهليته بالبلوغ عاقلا فأقيم البلوغ مع العقل مقام القصد إلى مايصدر عن المكلف والأصل فى ذلك أن الشىء يقوم مقام غيره بشرطين :

الأول : أن يصلح الظاهر دليلا على الباطن الخفى.

الثانى : أن يكون فى الوقوف على الأصل حرج لخفائه.

فإذا وجد الشرطان المذكوران فإنه ينقل الحكم إلى الدليـــل ويقام مقام المدلول عليه تيسيرا ودفعا للحرج — وأحد الشرطين فى حق النائم مفقود لأنه لا حرج فى الوقوف على العمل بأصل العقل فإنه يعرف بالنظر فيما يأتيه ويذره. ونحن نعلم يقينا أن النوم ينافى أصل العمل بالعقل لأن النوم مانع عن استعمال نور العقل فكانت أهلية القصد معدومة بيقين من غير حرج فى دركه فلا يصح فى حقه إقامة البلوغ عن عقل مقام القصد لانتفاء الشرط .

(١) مرآة الأصول ص ٣٥٨ - ٣٥٩ وكشف الأسرار جـ ٤ ص ٣٨٠-٣٨٤

وقال الحنفية : كذلك الرضا لايصح إقامة غيره مقامه فلا يعتبر البلوغ عن عقل قائم مقام الرضا لأن الرضا ليس أمرا باطنا بل يتعلق الحكم بذلك السبب الظاهر وهو ظهور أثره من بشاشة الخ لا بأهلية الرضا .

فالرضا هو عبارة عن امتلاء الاختيار أى بلوغ نهايته بحيث يفضى أثره إلى الظاهر من ظهور البشاشة فى الوجه ونحوها كما يفضى أثر الغضب إلى الظاهر من حماليق العين والوجه بسبب غليان دم القلب

بيع المخطىء : قال البزدوى : إذا جرى البيع خطأ على لسان المكلف بأن أراد أن يسبح فجرى على لسانه بعت هذا العين منك بكذا ، وقال الآخر قبلت مصدقا إياه فى خطئه فإنه ينبغى أن ينعقد البيع كبيع المكره لوجود أصل الاختيار نظرا إلى أن الكلام اختيارى وينعقد فاسدا لفوات الرضا لعدم القصد حقيقة فينعقد ولا ينفذ لكنه لم يرد فى هذا شىء عن فقهاء الحنفية القدامى[1] .

---

(١) المرجع السابق .

٨ – الإكراه

من العوارض المكتسبة الإكراه وورد له عدة تعاريف نذكر منها مايلي :

قيل : الإكراه هو حمل الغير على أمر يكرهه ولا يريد مباشرته لولا الحمل عليه .

وعرف شمس الأئمة رحمه الله الإكراه بأنه اسم لفعل يفعله الإنسان بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره .

وقال صاحب كشف الأسرار ينبغي أن يقال : الإكراه هو حمل الغير على أمر يمتنع عنه بتخويف يقدر الحامل على إيقاعه ويصير الغير خائفا به فائت الرضا بالمباشرة .

المراد بالاختيار : المراد بالاختيار هو القصد إلى أمر متردد بين الوجود والعدم داخل فى قدرة بترجيح أحد الجانبين على الآخر .

والاختيار الصحيح هو ما يكون الفاعل فى قصدة مستبدأ – أما الاختيار الفاسد فهو ما يكون مبنيا على اختيار الآخر فإذا ما اضطر (المكره) بفتح الراء إلى مباشرة أمر (المكره) بكسر الراء كان قصد (المكره) بفتح الراء فى المباشرة دفع الإكراه حقيقة فيصير الاختيار فاسداً لابتنائه على اختيار (المكره) بكسر الراء وإن لم ينعدم أصلا .

الرضا هو الرغبة فى الشيء والارتياح إليه فهو نهاية الاختيار .

هذا وجميع الأعمال الصادرة من الإنسان لابد لها من اختيار إذ الإنسان لايقدم على عمل شيء إلا إذا ترجح عنده جانب العمل على جانب الترك.

والاختيار كما سبق بيانه قد يكون اختيارا صحيحا سليما وقد يكون اختيارا فاسدا وقلنا إن الاختيار الصحيح السليم هو المنبعث عن قصد الفاعل ورغبته واستقلاله بالعمل .

أما الاختيار الفاسد فهو المنبعث لا عن رغبة فى العمل بل لدفع الإكراه

بارتكاب أخف الضررين والإكراه لايعدم الاختيار لكنه قد يفسده إن كان الإكراه ملجئا .

ووجود العمل من الإنسان لايستلزم رضاه به أى رغبته فيه وارتياحه إليه فقد يقوم الإنسان ببعض الأعمال وهو ليس راغبا فيها ولا مرتاحا إليها .

أنواع الإكراه : يتنوع الإكراه عند الحنفية باعتبار قوته ودرجة تأثيره إلى نوعين :

الأول : إكراه ملجىء أو كامل وهو التهديد بإتلاف النفس أو إتلاف العضو فإن حرمته كحرمة النفس .

حكمه : وهذا النوع من الإكراه الملجىء أى الموجب لإلجاء الفاعل واضطراره إلى مباشرة الفعـــل خوفا من فوات النفس أو العضو حكمه انه يفسد الاختيار ويعدم الرضا .

فالإكراه لايعدم الاختيار عند الحنفية لأن الفعل يصدر عن الفاعل باختياره مع إكراهه على الفعل لكن قد يفسده بأن يجعله مستندا إلى اختيار الآخر .

الثانى : إكراه غير ملجىء أو ناقص وهو التهديد بما لايفوت النفس أو بعض الأعضاء كالحبس لمدة قصيرة والضرب الذى لايخشى منه القتل أو ضياع بعض الأعضاء وبكل مايوجب غما بعدم الرضا .

وهذا الأمر يختلف باختلاف الناس . فإن الأراذل ربما لايغتمون بالضرب أو الحبس فالضرب اللين لا يكون إكراها فى حقهم بل الضرب المبرح ، وكذا الحبس إلا أن يكون مديدا يتضجر منه — والأشراف من الناس يغتمون بكلام فيه خشونة فمثل هذا يكون التهديد به إكراها لهم .

قال فى المنار : أولا يعدم الرضا وهو أن يصيبه الهم بحبس أبيه وابنه . . . يهتم أى يقصد المكره بحبس أبى المكره أو ولده أو يغتم المكره بحبس أبيه ،

وما يجرى مجراه من حبس زوجته وأخته وأمه وأخيه وكل ذى رحم محرم منه لأن القرابة المتأيدة بالمحرمية بمنزلة الولاد

وحكم هذا النوع من الإكراه هو أنه يعدم الرضا ولكن لايفسد الاختيار بأن يبقى الفاعل مستقلا فى قصده

أثر الإكراه على أهلية المكره : يرى الحنفية أن الإكراه سواء كان ملجئا أم غير ملجىء لا ينافى الأهلية بنوعيها ، لبقاء الاختيار معه وإن كان اختيارا فاسدا إذا كان الاكراه ملجئا ، إلا أن له تأثيرا فى الأقوال والأفعال التى تصدر عن الإنسان فى حال الإكراه فالاكراه مطلقا سواء أعدم الرضا وأفسد الاختيار أولا لاينافى أهلية المكره بنوعيها لبقاء الذمة والعقل والبلوغ[١] كما لايوجب رفع الخطاب عن المكره بحال ما لأنه مبتلى فى حالة الإكراه كما فى حالة الاختيار والابتلاء يحقق الخطاب فالمكره قد يكره على الإتيان بما أكره عليه مترددا بين كونه مباشر فرضى ، كما لو أكره على أكل الميتة أو شرب الخمر وكان الاكراه ملجئا فإنه يفترض عليه فى هذه الحالة أن يقدم على ما أكره عليه حتى لو صبر ولم يأكل ولم يشرب حتى قتل !! فإنه يعاقب على ذلك لثبوت الاباحة فى حقه فى هذه الحالة بالاستثناء المذكور فى قوله تعالى : « إلا ما اضطررتم إليه » ومن أكره على مباح يفرض عليه فعله فكذا هنا فى هذه الحالة.

وقد يكون الاكراه على محظور كالزنا ، وقتل النفس المعصومة ، كما قد يكون فى إباحة كما فى إكراه الصائم على إفساد صومه فإنه يبيح له الفطر .

(١) كشف الأسرار عن أصول فخر الاسلام البزدوى حـ ٤ ص ٣٨٣ ومرآة الأصول ص ٣٦٠ - ٣٦١

وقد يكون فى رخصة كما فى الإكراه على الكفر فإنه يرخص له إجراء كلمة الكفر على اللسان وكل ذلك من آثار الخطاب حتى أن المكره يؤجر عليه مرة كما إذا كان فرضا كما ذكرنا فى الاكراه بالقتل على شرب الخمر ، وقد يأثم كما فى الاكراه على قتل مسلم بغير حق ففعل ما أكره عليه وقتل المسلم . وكل من الأجر والإثم متعلقان بالخطاب . . . .

قال الإمام البرغرى : إن أفعال المكره (بفتح الراء) منقسمة منها ما هو حرام عليه كالقتل ، والزنا ، ومنها ما هو فرض عليه كشرب الخمر وأكل الميتة ، ومنها ما هو مرخص له فيه كإجراء كلمة الكفر والإفطار وإتلاف مال الغير وهذا كله علامة كون الشخص مخاطبا .

والإكراه لا ينافى الاختيار : لأن الاختيار لو سقط لتعطل الإكراه لأن الأكراه فيما لا اختيار فيه لا يتصور ، فالطويل لا يكره على أن يكون قصيرا ، والقصير لا يكره على أن يكون طويلا . فالإكراه حمل للفاعل على أن يختار ما هو أهون وأوفق عند المكره (بكسر الراء) أو ما هو أيسر على الفاعل من القتل والضرب . فيكون مختارا فى الفعل ضرورة إذ لو لم يكن مختارا لم يكن موافقا بالله فلا يكون مكرها .

ولكون المكره مختارا فى الفعل ضرورة كان مخاطبا فى عين ما أكره عليه لأن الخطاب كما يعتمد الأهلية يعتمد الاختيار لأنه يشترط قدرة المكلف على إتيان أو ترك ما كلف به والقدرة بدون الاختيار لا تتحقق .

والخلاصة : أن الحنفية يرون أن الاكراه بنوعيه لا ينافى أهلية ، ولا يوجب سقوط الخطاب ، ولا ينافى الاختيار وأن الاكراه بنفسه لا يصلح لإبطال حكم شيء من الأقوال مثل الطلاق والعتاق والبيع ونحوها ، والأفعال مثل القتل ، واتلاف المال ، وإفساد الصوم والصلاة ونحوها لكون كل ذلك صادراً عن أهلية واختيار إلا بدليل غيره مثله فى ذلك مثل غير المكره وهو الطائع وإنما يتغير الحكم بدليل آخر بعد ما صح الفعل فى نفسه كما يتغير الحكم فى فعل غير المكره بدليل يلتحق به يوجب تغيير موجبه ممن قال لزوجته أنت طالق أو قال لعبده أنت

حر وقع الطلاق والعتاق لأن ذلك موجب القول عقيب التكلم به إلا إذا لحق به مغير من تعليق على شرط أو استثناء ، وكذا موجب فعله كشرب الخمر والزنا والسرقة ثابتة فى الحال إلا إذا تحقق مانع بأن وجدت هذه الأفعال فى دار الحرب أو تحققت فيها شبهة — وبالمثل يثبت موجب أقوال المكره وأفعاله إلا عند وجود المغير لأنها أقوال وأفعال صادرة عن عقل والأهليـــة خطاب واختيار كأفعال الطائع وأقواله وإنما يظهر أثر الاكراه فى أمرين هما :

١ — تبديل النسبة إذا احتمل ما أكره عليه ذلك ولم يمنع عنه مانع حتى يصير الفعل منسوبا إلى المكره وذلك إذا تكامل الاكراه بأن كان ملجئا .

٢ — تفويت الرضا لا تبديل النسبة وذلك إذا كان قاصرا وذلك إذا كان غير ملجىء كالإكراه بالحبس أو القيد .

ولا تأثير للإكراه مهما كان فى إهدار قول أو فعل . فالمكره على اتلاف المال لا يجعل فعله لغوا بمنزلة فعل البهيمة ولكن يكون فعله موجبا للضمان على المكره .

فالأصل والقاعدة العامة فى الإكراه عند الحنفية هو أنه إما تبديل النسبة وذلك فى الاكراه الكامل أو تفويت الرضا فى الاكراه الناقص .

وتأسيسا على ما ذكر كانت تصرفات المكره وأقواله وأفعاله على النحو التالى عند الحنفية .

أولا : تصرفات المكره فيما لا يحتمل الفسخ ولا يتوقف على الرضا هى تصرفات صحيحة لا يبطلها الاكراه عليها وذلك كالطلاق والعتق والنكاح ، والرجعة والعفو ، واليمين والنذر ، والظهار والايلاء والفيء ، والخلع .

فهذه الأمور تصح مع الإكراه عليها لأنها تصرفات لا تحتمل الفسخ وتتوقف على الاختيار دون الرضا .

فلو طلق زوجته مكرها على طلاقها ، أو تزوج امرأة بالاكراه صح لأن الطلاق والزواج لا يبطل بالهزل أو خيار الشرط مع أنهما يعدمان الاختيار بالحكم

فلأن لا يبطل بما لايعدم الاختيار وهو الاكراه مما هو أولى فإنه لا يعدم الاختيار فى السبب والحكم معا لأن المكره طلب من المكره (بفتح الراء) أن يختار أهون الأمرين عليه فكيف لا يكون مختارا ولكنه يعدم الرضا فى السبب والحكم — فكان الاكراه أقل من الهزل ومن شرط الخيار ودون الخطأ . وهذه الأمور لا تبطل بالهزل أو بشرط الخيار فمن باب أولى لا تبطل بالاكراه عليها .

وقال الحنفيـــة : إنه إذا أكرهت امرأة أكراها ملجئا على أن تقبل من زوجها لخلع أو الطلاق على ألف درهم مثلا فقبلت ذلك منه وكان زوجها قد دخل بها فإن الطلاق يقع لكن لا يلزمها المال لأنه أمر يتوقف على الرضا ولم يوجد منها ذلك كما فى خلع الصغيرة على مال حيث يقع بلا مال .

أما إذا أكره الرجل على أن يطلق امرأته على مال فأوقع الطلاق فإن الطلاق والمال يلزمان .

ووجه الحنفية قولهم هذا : بأن الطلاق يقع مع الاكراه لوجود الاختيار والقصد إلى الطلاق فالاكراه لا يعدم الاختيار لكنه قد يفسده ويعدم الرضا . ولهذا فقد اختار الرجل الطلاق والتزمت المرأة بالمال طائعة بإزاء ما سلم لها من البينونة .

ثانياً — تصرفات المكره فيما يحتمل الفسخ والرد بالإقالة ولكنها تتوقف على الرضا تنعقد فاسدة فهى تصرفات صدرت من أهلها فى محلها كبيع المكره وإجازته ونحو ذلك[1] .

فإذا باع مكرها كان البيع فاسدا فيملك المشترى المبيع بالقبض — كما هو الحكم فى العقد الفاسد عند الحنفية .

---

(١) كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوى ج ٤ ص ٣٨٦ — ٣٨٧ ومرآة الأصول ص ٣٠٣

ووجه الحنفية قولهم هذا فقالوا : إن الإكراه لا يعدم الاختيار ولكنه يعدم الرضا — والرضا ليس ركنا من أركان العقد عندنا (الحنفية) وليس شرطا من شروط الانعقاد بل هو شرط فى صحة العقد فإذا فقد ترتب على فقدانه فساد العقد لا بطلانه .

أقارير المكره : وقال الحنفية إن الاكراه بنوعيه يبطل الأقارير كلها مالية كانت أو غير مالية . والإقرار اعتبر حجة باعتبار ترجح جانب الصدق فيه على جانب الكذب ولا يتحقق هذا مع وجود دليل العكس وهو الاكراه على الاقرار إذ الاكراه فى هذه الحالة قرينة قوية على أن المقر لا يقصد باقراره الصدق فيما أقر به بل قصده هو دفع الضرر الذى هدده به المكره (بكسر الراء) .

أفعال المكره : إذا كان المكره عليه فعلا كالاكراه على قتل من لا يحل قتله والاكراه على شرب الخمر ، أو إتلاف مال الغير فإنها تنقسم إلى قسمين :

القسم الأول : أفعال حكمها حكم الأقوال فى أنها تنسب إلى فاعلها لأنها لا تحتمل أن يكون الفاعل لها آلة للمكره (بكسر الراء) ولذا تقتصر على الفاعل ولا تتعدى إلى المكره (بكسر الراء) . وذلك كاكراه الصائم على الافطار فأكل الصائم فإنه يبطل صومه لاصوم المكره — وكالاكراه على الزنى .

فإذا أكره إنسان آخر على أن يزنى بامرأة فإن الواطىء هو الزانى لأنه لا يتصور أنه وطىء بآلة الغير ولذا كان على الواطىء العقر .

القسم الثانى : قسم يصلح أن يكون الفاعل لها آلة فى يد المكره له على فعلها مثل إتلاف المال ، وإتلاف النفس لأنه يحتمل أن يأخذه فيضرب به نفسا أو مالا فيتلفه ، فإن كان مع المكره ما أوجب جرح المقتول بأن قال : اقتله بالسيف أو لأقتلنك فقتله به فإنه يجب بهذا الاكراه والقتل القود على المكره بالاجماع . والاثم على الفاعل ومن أكرهه على الفعل .

رواية أخرى : فى المذهب رواية هى أن القود يجب على المكره فى رأى أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله .

وعند أبى يوسف رحمه الله لايجب القود على أحد بل تجب الدية على المكره فى ثلاث سنين .

وعند زفر رحمه الله يجب القود على المكره دون المكره لأنه قتله لإحياء نفسه عمدا فيلزمه القود كما لو أصابته مخمصة فقتل إنسانا وأكل من لحمه فإنه يقتل فيه فكذلك من أكره على قتل إنسان فقتله .

وقال زفر : إن مما يرجح وجوب القصاص من المكره المباشر القتل وإن الاكراه لا يؤثر فى إزالة صفة الجناية عن فعله الآثم انه يلتزم بسائر مايتعلق بالقتل من الأحكام كالاثم ورد الشهادة والفسق وأن الاكراه لم يزل هذه الأحكام عنه فكذلك القصاص ، لأن تأثير الضرورة هو فى إسقاط الاثم دون الحكم ولذا كان من أصابته مخمصة يباح له تناول مال الغير ولا يسقط عنه الضمان وإثم القتل هنا لم يسقط عن المكره بالاكراه فلأن لا يسقط عنه حكم القتل أولى .

وقال أبو يوسف : إن بقاء الاثم فى حق المكره (بفتح الفاء) دليل على أن الفعل كله لم يصر منسوبا إلى المكره ، والقصاص لا يجب إلا بمباشرة جنايه تامة وقد انعدمت من المكره حقيقة وحكما فلا يلزمه القود .

وقال أبو حنيفة : إن المكره ملجأ إلى هذا الفعل والالجاء بأبلغ الجهات يجعل الملجأ آلة للملجىء فيما يصلح أن يكون آلة له إذا لم يلزم منه تبدل محل الجناية ، والإنسان مجبول على حب الحياة فلما هدد بالقتل طلب لنفسه مخلصا عن الهلاك . ولما لم يتوصل إليه إلا بالإقدام على ما أكره عليه فإنه أقدم عليه وإن كان حراما طلبا للخلاص فيفسد اختياره بهذا الطريق ويصير مجبورا على هذا الفعل بقضية الطبع ، وإذا فسد اختياره التحق بالآلة التى لا اختيار لها فصار

بمنزلة سيف فى يد المكره استعمله فى قتـــله فيصير الفعل منسوباً إليه لا إلى الآلة .

وقال أبو حنيفة : ان المكره هنا يصلح أن يكون آلة للمكره فى القتل بأن يأخذ يده مع السكين فيقتل به غيره وليس فى ذلك أى فى جعله آلة تبديل محل الجناية أيضا لأن هذا القتيل لو كان طوعا من الفاعل لكان جناية على المقتول موجبة للقود ، وبأن جعل الفاعل آلة ونسب الفعل إلى المكره لا يفوت الجناية على القتيل بل محل الجناية نفس المقتول كما كانت .

فلصلاح المكره للآلة وعـــدم تبدل محل الجناية جعل المكره آلة للمكره ونسب الفعل إليه ، وإذا جعل المكره آلة بطريق اسناد الفعل للمكره صار الفعل وجوده أصلا مضافا إلى المكره لا أنه نقل من المكره إليه ولزم المكره حكم الفعل وهو وجوب القصاص ابتداء وخرج المكره من الوسط فلا يلزمه شىء من حكم الفعل من قصاص ولا دية ولا كفارة . وكأن المكره هو الذى باشر القتل بنفسه ابتداء .

لكن المكره مع فساد اختياره يبقى مخاطبا فلبقائه مخاطبا كان عليه إثم القتل ، ولفساد اختياره لم يكن عليه شىء من حكم القتل .

وقال أبو حنيفة : إنه لا يلزم من وقوع المكره فى الاثم لقتله من أكره على قتله لا يلزم من ذلك بقاء حكم القتل متعلقا بالمكره فإن من قال لغيره اقطع يدى فقطعها كان آثما ولا شىء عليه من حكم القطع بل فى حكم القطع يجعل الآمر كأنه فعل بنفسه القطع فكذلك المكره مع المكره.

وقال أبو حنيفة : إن ما استدل به أبو يوسف غير صحيح لأن المكره مباشر شرعا بدليل أن سائر الأحكام سوى القود تجب عليه فيحرم من الميراث وعليه الدية والكفارة .

فيجب عليه لذلك القود . ويدل لذلك قوله تعالى : «يذبح أبناءهم ويستحيي نساءهم» فقد نسب الله الفعل إلى اللعين وهو ما كان يباشر صورة ولكنه كان مطاعا يأمر به وأمره إكراه فكان فعل المكره منسوبا لمن أكرهه عليه .

فمن أكره على رمي صيد فرماه فأصاب إنسانا فإن الدية على عاقلة المكره والكفارة عليه لأن الدية ضمان المتلف والكفارة جزاء الفعل المحرم لحرمة هذا المحل أيضا وكذا إتلاف المال ينسب إلى المكره ابتداء حتى لا يكون على المكره شيء من حكم الإتلاف بالإجماع — ومعلوم أن المباشر للفعل والمتسبب فيه إن اجتمعا في اتلاف مال وجب الضمان على المباشر دون المتسبب ، ولما وجب ضمان المال على المكره علم أن الاتلاف منسوب إلى المكره شرعا ولا طريق للنسبة سوى جعل المكره آلة في يد من أكرهه فدل ذلك على أن المكره هو الأصل في باب الاكراه .

وقال الحنفية : إن الاكراه مؤثر في تبديل النسبة أي نسبة الفعل من المكره إلى المكره وكأن من أكره غيره على فعل هو الذي باشر الفعل وان المكره المباشر حقيقة ما هو إلا آلة في يد المكره استعملها في احداث الفعل المكره عليه . وإن هذا مثله مثل الأمر فإنه متى صدر صحيحا بأن صدر ممن له ولاية على المأمور شرعا استقام نقل الجناية إلى الآمر أيضا كما استقام نسبة الفعل إلى المكره بالاكراه . فمن أمر عبده بأن يحفر بئرا في فناء أمام بيته هو يملك هذا الفناء وينتفع به فإن ضمان ما يعطب بالحفر أو بالمحفور هو على الآمر استحسانا .

هذا كله في الاكراه الملجيء . إذ هو الذي يجعل نسبة الفعل الآثم إلى المكره الذي هو بمثابة آلة في يد المكره .

أما الاكراه غير الملجيء : كالاكراه بحبس أو بقيد أو بضرب لا يخاف منه على نفسه فإنه لا يوجب نقل الفعل إلى المكره بل القود والضمان على الفاعل لأن المكره إنما يصير كالآلة عند تمام الالجاء لفساد الاختيار خوف التلف على نفسه . وليس في التهديد بالحبس والقيد معنى خوف التلف على نفسه فيبقى الفعل مقصورا وعلى المكره وحده .

والخلاصة : أن الفعل الآثم الذى أجبر المكره على إتيانه ينسب إلى من أكرهه عليه عند الحنفية بشرط أن يكون الاكراه كاملا أى ملجئا يخاف منه المكره على نفسه . ويشرط أن يكون المكره يمكن أن يتصور كونه آلة فى يد من أكرهه وبدون تبديل المحل فإن لم يمكن جعله آلة له كالاكراه للصائم على افساد صومه أو الوطء والزنا فإن مثل هذا لا يمكن تصور المكره آلة فى يد المكره لأن الأكل بفم غيره لا يتصور .

وكذلك لا يمكن إسناد الفعل إلى المكره إذا كان نفس الفعل مما يتصور أن يكون الفاعل فيه آلة لغيره صورة إلا أن المحل غير الذى يلاقيه الاتلاف صورة وكان ذلك يتبدل بأن يجعل آلة بكل ذلك . ومثل الحنفية لذلك برجل ليس محرما أكره غيره المحرم بالقتل إن لم يقتل صيد الحرم ، أو أكره الحلال على قتل صيد الحـــرم .

وقال الحنفية فى ذلك : إن الجناية تنسب إلى من باشره وهو من قتل الصيد لا إلى من أكرهه عليها لأن المكره إنما حمله على أن يجنى على احرام نفسه أو على دين نفسه وهو فى ذلك لا يصلح آلة لغيره ولو جعل آلة لتبدل محل الجناية فيصير محل الجناية إحرام المكره ودينه.

أثر الاكراه بالنسبة إلى الحرمات : ما تقدم كان أثر الإكراه فى بيان من ينسب إليه الفعل الآثم الذى ارتكبه المكره على اتيانه وبمن يتعلق . أما هنا فنبين حكم الاقدام على الفعل عند الاكراه على الأفعال التى لا يجوز الإقدام عليها عند الاختيار فنقول :

الحرمات إما أن تحتمل السقوط أو لا . والتى لا تحتمل السقوط هل تحتمل الرخصة أو لا فتكون الحرمات بهذا الاعتبار ثلاثة أنواع :

١ — نوع لا يحتمل السقوط ولا الرخصة ٢ — نوع يحتمل السقوط .

٣ — نوع يحتمل الرخصة فقط والنوع الثالث إما فى حقوق الله تعالى ، أو فى حقوق العباد وحقوق الله إما أن تحتمل السقوط أم لا وبيان هذه الأقسام فيما يلى :

١ — الحرمة التى لا تسقط ولا تدخلها رخصة كالقتل .

وهذه لا يحل للمكره أن يقدم على ما أكره عليه فلو أكره إنسان آخر بالقتل أو القطع على قتل غيره ولو عبده فإنه لا يحل له الاقدام على القتل بل يحرم عليه لأن دليل الرخصة خوف الهلاك والقاتل والمقتول فى ذلك سواء فان استويا فانه لا يحل للفاعل قتل غيره لتخليص نفسه . .

وكذلك لو أكرهه بالقتل على قطع طرف الغير ، أثم إن فعل لأن لطرف المؤمن من الحرمة ما لنفسه فنفس المؤمن ودمه وأطرافه معصومة إلا بحقها .

وكذلك الزنا : فمن أكرهه غيره بالقتل ونحوه على الزنا أثم إن فعل لأن فيه فساد الفراش إن كانت المزنى بها متزوجة وضياع النسل إن لم تكن وذلك بمنزلة القتل .

وأما زنى المرأة : فيحتمل الرخصة فلو أكرهت المرأة على الزنا بالقتل أو بالقطع فانه يرخص لها فى ذلك لأن نسب الولد عنها لا ينقطع ولذا سقط الإثم والحد عنها .

القسم الثانى : الحرمة التى تسقط كالخمر والخنزير والميتة وحرمة هذه الأشياء تسقط بالاكراه الملجىء ويجعلها مباحة لأنه قد استثنى من تحريم الميتة ونحوها حالة الاضطرار بمعنى أنه لا يثبت الحرمة فيها فتبقى الاباحة الأصلية ضرورة .

والاكراه الملجىء بخوف تلف النفس أو العضو نوع من الاضطرار وإن اختص الاضطرار بالمخمصة يثبت فى الإكراه بدلالة النص لما فيه من خوف فوات النفس أو العضو .

وقال الحنفية : إن المكره على أكل الميتة أو نحوها لو امتنع من الأكل حتى قتل وهو عالم بسقوط الحرمة فإنه يأثم وإن لم يعلم بسقوط الحرمة فيرجى أن لا يكون آثما .

القسم الثالث : وهو الحرمة التي لا تسقط لكنه قد يرخص للعبد في الفعل مع بقاء الحرمة :

الحرمة المتعلقة بحقوق الله تعالى ولا تسقط الحرمة فيها بحال كالتكلم بكلام يوجب الكفر فإن الإكراه عليه إكراه على حرام لا يسقط حرمته وهو ترك الإيمان الذي هو حق لله تعالى غير محتمل للسقوط بحال فإن الكفر حرام صورة ومعنى حرمة مؤبدة وإجراء كلمة الكفر كفر صورة إذ الأحكام متعلقة بالظاهر فيكون حراما أبدا إلا أن الشارع رخص بشرط اطمئنان القلب بالإيمان بقوله تعالى « إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان » فيرخص للمكره الإتيان بكلمة الكفر بالشروط المذكورة إذا كان الإكراه إكراهاً ملجئاً كاملا .

ووجه الحنفية رأيهم هذا فقالوا :

إن في إجراء كلمة الكفر على اللسان فوات التوحيد صورة لا معنى لأنه يعتقد الوحدانية والنبوة وما يتبعهما بالقلب وهو الأصل — لكن لما كان الإجراء والنطق بكلمة الكفر هو كفر صورة لأن الكفر حرام صورة ومعنى ولو امتنع المكره عن النطق بها يفوت حقه في النفس صورة ومعنى لأنه سيموت قتلا فاجتمع ههنا حقان : حق العبد في النفس ، وحق الله تعالى في الإيمان فيرجح حق العبد لو استوى الحقان لحاجته وغنى الله سبحانه وتعالى . ولذا ترجح حق العبد في الحياة والابقاء على نفسه من التلف لأنه إذا لم ينطق بكلمة الكفر على لسانه سوف ينفذ المكره ماهدده به من القتل وفي ذلك تفويت للحياة صورة ومعنى وحق الله لم يفت معنى لأن المكره ينطق بكلمة الكفر على لسانه فقط مع اعتقاده وإيمانه بقلبه . ولذا رخص له الإقدام على ذلك مع كونه حراما .

وقال الحنفية : إنه لو صبر ولم ينطق بكلمة الكفر ونفذ المكره ماهدد به

نقتله فإن المكره يصير شهيداً لاعزازه كلمة الله ودينه . وإذا تكلم بكلمة الكفر فقد ترخص بالأدنى صيانة للأعلى .

حقوق الله التى تحتمل السقوط فى الجملة : يرخص للمكلف إذا أكره على فعل إتيانه حرام أو تركه حرام وهو حق من حقوق الله تعالى التى تحتمل السقوط فى الجملة يرخص له بإتيان ما أكره عليه كالعبادات إذا أكره المكلف على ترك الصلاة فهو إكراه على حرام لا يحتمل السقوط لأن حرمة ترك الصلاة ممن هو أهل للوجوب هى حرمة مؤبدة لا تسقط — لكن الصلاة حق من حقوق الله تعالى متحمل للسقوط فى الجملة بالأعذار .

وكذا الصوم والحج وغيرهما من العبادات فيرخص للمكره فى جميع ماذكر من أمثلة إذا كان الإكراه عليها إكراهاً كاملا ملجئاً .

٢ — النوع الثانى من المحرمات التى لا تسقط بحال لكن يرخص للعبد فى الإقدام عليها إذا أكره عليها إكراها كاملا . هو ماتكون الحرمة فيه متعلقة بحقوق العباد كإتلاف مال المسلم فإنه حرام حرمة متعلقة بحقوق العباد لأن عصمة المال حق للعبد والحرمة متعلقة بترك العصمة لا تسقط بحال لأنه ظلم وحرمة الظلم مؤبدة لكنها تحتمل الرخصة . فلو أكره المكلف على إتلاف مال غيره إكراهاً ملجئا رخص له فيه كما يقول الحنفية .

ووجه الحنفية رأيهم هذا فقالوا : إن حرمة النفس فوق حرمة المال لكونه مهانا مبتذلا وبالاكراه لا تزول العصمة عن المال بالنسبة لصاحبه لحاجته إليه فيكون إتلافه وإن رخص فيه باقيا على الحرمة . . . فإن صبر ولم يتلف المال حتى قتله المكره فإنه يكون شهيدا لبذله نفسه لدفع الظلم . لكنه لما لم يكن فى معنى العبادات بكل وجه بناء على أن الامتناع عن الترك فيها هو من باب إعزاز الدين قيدوا الحكم بالاستثناء فقالوا : كان شهيدا إن شاء الله تعالى .

فحقوق العباد التى لا تحتمل السقوط لكن إن أكره عليها بملجىء يترخص فى الاقدام عليها لكن الحرمة المتعلقة بها لا تسقط كما لا تسقط الحرمة المتعلقة

بحقوق الله تعالى بنوعيها[1] .

وجملة الفقه أن الإكراه عند الحنفية لا يوجب تبديل الحكم بأى حال أى. لا يوجب تغير حكم السبب وإبطاله عنه ملجئاً كان الإكراه أو غير ملجىء بل. يبقى حكمه كما لو كان طائعا غير مكره وذلك لصدور السبب عن عقل وتمييز وأهلية خطاب مثل صدوره عن الطائع غير المكره .

وقال الحنفية : إن الاعتراض بأن الإكراه على إجراء كلمة الكفر قد أوجبت تبديل الحكم فلم يحكم بكفر قائلها والناطق بها عن طريق الاكراه . ولا تبين منه امرأته مع أن هـــذه الكلمة لو نطق إنسان غير مكره على النطق بها لحكم بكفره وبالبينونة بينه وبين امرأته .

إن الاعتراض المذكور غير سليم فإن الردة فى الحقيقة تثبت بتبديل الاعتقاد والتكلم باللسان دليل عليه ، وقيام الاكراه هنا منع كون التكلم دليلا على تبدل الاعتقاد ، كما أن الاكراه على الاقرار دليل على عدم صدق ما أخبر به المقر . ولذلك لم يثبت الارتداد فلا تقع البينونة .

وكذلك يرى الحنفية : أن الإكراه لا يوجب تبـــديل محل الجناية لأن فى تبديل محل الجناية تبديل محل الحكم أيضاً . وهو أيضا لايوجب تبديل النسبة إلا بطريق واحد : فتأثير الاكراه فى جعل المكره آلة للمكره عند الامكان فيصير الفعل منسوبا إلى المكره ابتداء بهذا الطريق لا بطريق النقل .

وقال الحنفية : إن الاكراه يظهر أثره فى اعتبار المكره آلة للمكره (بكسر الراء) لا باعتبار أن بالاكراه يفوت اختيار المكره (بفتح الراء) أصلا وينعدم، ولكن لأنه يفسد بالاكراه اختيار المكره لتحقق الالجاء إذ الانسان مجبول على حب حياته وحبه لحياته يحمله على الاقدام على ما أكره عليه فيفسد به اختياره. من هذا الوجه والفاسد فى مقابلة الصحيح كالمعدوم فيصير الفعل منسوباً إلى المكره

---

(١) مرآة الأصول فى شرح مرقاة الوصول ص ٣٦٤ — ٣٦٦ للاخسرو . . وكشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوى ح ٤ ص ٤٠٠ — ٤٠١

(بكسر الراء) لوجود الاختيار الصحيح منه ، ويصح المكره آلة للمكره لعدم اختياره حكما فى معارضة الاختيار الصحيح .

قال الامام أبو الفضل الكرمانى رحمه الله فى الايضاح : والمراد من قولنا يصلح آلة المكره هو أن المكره يمكنه إيجاد الفعل المطلوب بنفسه فإذا حمل غيره عليه بوعيد التلف صار كأنه فعل بنفسه .

والمراد من قولنا لايصلح آلة أنه لا يمكنه مباشرة ذلك الفعل بنفسه فإذا حمل غيره عليه يبقى مقصوراً عليه .

فنى الأقوال كلها لايصلح أن يتكلم المرء بلسان غيره حسا على وجه لا يبقى للسان المتكلم اختيار فاقتصر الأقوال بأحكامها على المتكلم ولا يجعل كأن المكره طلق امرأة المكره .

ووضح الحنفية ذلك فقالوا : كل فعل لو أراد المكره (بكسر الراء) أن يفعله بنفسه لأ مكنه فعله لو أكره غيره على فعله إكراها ملجئا فأتاه المكره يكون المكره (بكسر الراء) فى هذه الحالة كأنه قد باشر الفعل المكره عليه وأتاه بنفسه وان المكره بمثابة آلة فى يد المكره .

أما فيما لا يقدر عليه بنفسه فلا يمكن أن يجعل المكره فاعلا حكما .

فنى تطليق امرأة المكره واعتاق عبده لا يمكن أن يجعل المكره فاعلا لأنه لا يمكن أن يجعل متصرفا بنفسه لأن شرط الطلاق أن يصادف السبب محلا وامرأة المكره ليست محلا لوقوع طلاق المكره لها لأنها ليست زوجة له فيبقى الفعل مقتصرا على من باشره وهو المكره .

الإكراه عند غير الحنفية

رأى الشافعي : يرى الشافعي إن الإكراه بغير حق متى جعل عـــذراً في الشريعة كان مبطلا للحكم عن المكره أصلا فعلا كان أو قولا لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» .

وقال الشافعي : إنه قد انعقد الإجماع على أن الإثم يسقط عن المكره فى إتيانه القول أو الفعل المنهى عنه شرعا وذلك فى بعض الصور . وسقوط الإثم بالإكراه الباطل دليل على سقوط الحكم عن المكره أصلا وكان ما أكره عليه فعلا أو قولا غير معتد به لأن الإكراه قد أبطل اختيار المكره وصحة القول بالقصد والاختيار فالقول باعتبار القصد ترجمة عما فى الضمير ودليل عليه . فإذا لم يوجد لدى القائل قصد إلى مايقوله كان قوله باطلا مثله فى ذلك مثل الكلام الصادر من النائم فكما أن كلام النائم لا يصح لعدم القصد فكذلك كلام المكره لايصح لعـــدم القصد لأن الاختيار قد انعدم بالاكراه الملجىء الواقع على المكره . وكذلك كلام المجنون فكما لايصح كلام المجنون والصبى لعدم القصد الصحيح كذلك لا يصح كلام المكره لعدم القصد الصحيح بسبب فقده الاختيار .

ودل كل ما تقـــدم على أن صحة الكلام باعتبار كونه ترجمة عما فى القلب ، والاكراه دليل واضح ظاهر على أن المكره متكلم لدفع الشر عن نفسه لا لبيان ماهو مراد قلبه فصار فى الافساد فوق الذى لا قصد له ولم يرد شيئا آخر وكان كل كلامه بمنزلة فإن الإكراه لما دل على أن المقر لم يرد إظهار أمر قد سبق ، بل قصد دفع الشر عن نفسه فكان إقراره كإقرار المجنون وكذلك سائر كلامه ، لأن الاكراه دال على عدم قصد القلب الذى صحة الكلام تنبنى عليه .

ويرى الشافعية : ان الإكراه بالحبس الدائم هو إكراه ملجىء مثله مثل لإكراه بالقتل . ؟؟؟ كراه يبطل به قول المكره وفعله :

ووجه الشافعية قولهم هذا فقالوا : إن الإكراه بالحبس يعدم الرضا بالاتفاق، وبطلان القول والفعل عن المكره فى الإكراه بالقتل هو لتحقيق عصمة حقوق

المكره عليه لئلا تفوت حقوقه بدون اختياره . وتحقيق العصمة فى التهديد بالحبس الدائم يتجلى فى دفع الضرر عن المكره عند عدم الرضا بزوال حقه فيجب إلحاقه بالإكراه بالقتل دفعاً للضرر .

فالإكراه عند الشافعية بعدم الرضا ولو قلنا بصحة تصرف المكره لأدى ذلك إلى زوال حقوق المكرهين وأملاكهم بدون رضاهم ولما ظهرت فائدة لحرمة الحقوق، والرضا شرط فى التصرف المالى فيكون شرطا أيضا فى غير الأموال صيانة للحقوق المحترمة . والإكراه بالحبس الدائم يفوت الرضا فيلحق بالإكراه بالقتل .

طلاق المكره : يرى الشافعية أن طلاق المكره ان كان إكراهه بحق كالمولى إذا أكرهه الحاكم على الطلاق وقع طلاقه لأنه قول حمل عليه بحق فصح كالحربى إذا أكرهه على الإسلام .

وإن أكره على الطلاق وكان الإكراه بغير حق لم يصح الطلاق لقوله ﷺ « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه »(١) .

وقال الشافعية : إن الطلاق الصادر من المكره هو قول حمل عليه بغير حق فلم يصح كالمسلم إذا أكره على كلمة الكفر .

شروط الإكراه : اشترط الشافعية لتحقق الإكراه ثلاثة شروط هى :

الأول : أن يكون المكره قاهراً له لايقدر المكره على دفعه والخلاص منه .

الثانى : أن يغلب على ظن المكره (بفتح الراء) أن الذى يخافه من جهته يقع به .

الثالث : أن يكون مايهدده به مما يلحقه ضرر به كالقتل والقطع والضرب المبرح والحبس الطويل والاستخفاف بمن يغض منه ذلك من ذوى الأقدار لأنه يصير مكرها بذلك .

---

(١) المهذب للشيرازى ح ٢ ص ٧٨

وأما الضرب القليل فى حق من لايبالى به والاستخفاف بمن لايغض منه أو أخذ القليل من المال ممن لايتبين عليه أو الحبس القليل فليس بإكراه .

وأما النفى : فإن كان فيه تفريق بينه وبين الأهل فهو إكراه وإن لم يكن فيه تفريق بينه وبين الأهل ففيه وجهان :

أحدهما : أنه إكراه لأنه جعل النفى عقوبة كالحد ولأنه تلحقه الوحشة بمفارقة الوطن .

الثانى : ليس بإكراه لتساوى البلاد فى حقه .

وإذا أكره على الطلاق فنوى الإيقاع ففيه وجهان :

الأول : أن الطلاق لايقع لأن اللفظ يسقط حكمه بالإكراه وبقيت النية من غير لفظ فلا يقع بها الطلاق .

الوجه الثانى : أن الطلاق يقع لأنه صار بالنية أى نيـــة إيقاع الطلاق صار بهدف النية مختارا .

هل المكره مكلف : يرى البعض من غير الحنفية أن المكره إكراهاً ملجئا غير مخاطب فهو غير مكلف لزوال قدرته وقالوا : إذا وصـــل الإكراه إلى حد الإلجاء بحيث صارت نسبة فاعله إلى الفعل المكره عليه كنسبة المرتعش إلى حركته منع التكليف فى المكره عليه أو ضده .

وذلك لزوال القدرة ، فإن الفعل يصير واجب الوقوع ويصير عدمه ممتنعاً والتكليف بالواجب والممتنع تكليف بما لا يطاق(١).

قال القاضى فى مختصر التقريب : إن هذا القسم لايسمى عند المحققين إكراهاً، لأن الإكراه لايتحقق إلا مع تصور اقتدار فلا يوصف ذو الرعشة الضرورية بالإكراه .

---

(١) الإبهاج فى شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للقاضى البيضاوى ص ١٦١ (الناشر مكتبة ـ الكليات الأزهرية).

وإنما المكره من يخوف ويضطر إلى تحريك يده على اقتدار واختيار .

رأى القاضي وإمام الحرمين والشيرازي والغزالي : قال صاحب الإبهاج : وقد ذهب أصحابنا إلى أن ذلك لا يمنع التكليف صرح به طوائف منهم القاضي وإمام الحرمين ، وأبو اسحق الشيرازي ، والغزالي وجماعة ومال إليه الإمام(١)

وذهبت المعتزلة إلى أنه يمنع التكليف . وهذا ما أفهمه كلام المصنف(٢) كذا نقله جماعة ، وحكاية إمام الحرمين عنهم أن المكره على العبادة لا يجوز أن يكون مكلفا بها وبنو ذلك على أصولهم في وجوب إثابة المكلف والمحمول على الشيء لا يثاب عليه .

وفي شرح الاسنوي : الإكراه على قسمين : إكراه ملجيء بأن يهدده بتفويت النفس أو العضو . وإكراه غير ملجيء .

والأول : وهو الإكراه الملجيء يمنع التكليف على ما هو المختار عند المصنف لزوال القدرة وهي شرط التكليف .

والثاني : وهو الإكراه غير الملجيء لا يمنع التكليف . قيل : هو لا ينافي التكليف لأن الفعل إن توقف على داعية من العبد كان الجبر لازما لاسناده إلى الله ووجوب الفعل عندها والواجب غير مقدور . وإن لم يتوقف كان له رجحان أحد الطرفين اتفاقيا غير مختار فإذا جاز التكليف فليجز مثله في الاكراه .

وقال الأسنوي : والحق أن الإكراه وإن كان ملجئاً لا ينافي القدرة والاختيار لأن حمل الفاعل على اختيار الأهون عنده لا ينافي الاختيار ولا التكليف . ولهذا قد يكون المكره عليه فرضا يؤجر على فعله كما في الاكراه بالقتل في شرب الخمر ، وحراما يؤثم عليه كما في الاكراه على قتل مسلم بغير حق(٣).

---

(١) المرجع السابق .

(٢) يقصد صاحب منهاج الوصول في علم الأصول للقاضي البيضاوي

(٣) شرح البدخشي والأسنوي جـ ١ ص ١٣٩

وقال الآمدى فى تعريف المكره إكراهاً ملجئا : «اختلفوا فى الملجىء إلى الفعل بالاكراه بحيث لايسعه تركه فى جواز تكليفه بذلك الفعل ايجاداً وعدما والحق أنه اذا خرج بالاكراه الى حد المضطر ، وصار نسبة مايصدر عنـــه من الفعل اليه ، كنسبة حركة المرتعش اليه ، فإن تكليفه به ايجادا وعدما غير جائز الا على القول بتكليف مالا يطاق، وان كان ذلك جائزا عقلا ، لكنه ممتنع الوقوع سمعا لقوله عليه الصلاة والسلام : « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان ، وما استكرهوا عليه » والمراد منه رفع المؤاخذة وهو مستلزم لرفع التكليف ، وما يلزمه من الغرامات فقد سبق جوابه غير مرة .

وأما إن لم ينته إلى حد الاضطرار فهو مختار ، وتكليفه جائز عقلا وشرعا .

وأما الخاطىء فغير مكلف إجماعا فيما هو مخطىء فيه لقوله عليه الصلاة والسلام « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان » الحديث[١] .

تم الجزء الأول

ويليه إن شاء الله الجزء الثانى

---

(١) الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى ح ١ ص ٢٤٢ »

الفهرست

نظرية الحكم ومصادر التشريع

الجزء الأول

انتهى فهرست الجزء الأول